D. JUSTINIANI INSTITUTIONUM
LIBRI IV.

PROUT AD FIDEM MSS. ALIORUMQUE CRITICES SUBSIDIORUM

A

SCHRADERO, CLOSSIO, TAFELLIO, ET MAYER

PROFESSORIBUS TUBIGENSIBUS

BEROLINI

FUERUNT EDITI,

HISPANIS TYPIS NUNC DENUO MANDATI.

CURSO HISTORICO-EXEGETICO
DEL DERECHO ROMANO
COMPARADO CON EL ESPAÑOL,

por D. Pedro Gomez de la Serna.

CUARTA EDICION.

TOMO PRIMERO.



MADRID.—1869.

Se hallará en la Libreria de SANCHEZ, calle de Carretas, núm. 21.

MADRID.—1869.

Imprenta de A. Peñuelas, calle de Calatrava, núm. 8.

PRÓLOGO (1).

El Derecho Romano, que el grande Leibnitz compara por la lógica rigurosa de sus deducciones con la geometría, es respetado ya como ley positiva, ya como razon escrita en todos los pueblos modernos, á que la civilizacion ha extendido su influencia. Monumento colosal, en que están aglomerados la experiencia de los siglos, y los trabajos científicos de varones eminentes, es la legislacion madre, y á la vez un depósito inagotable de doctrinas para el filósofo, para el arqueólogo, para el filólogo, y para el historiador. Recorriendo á la sombra de las águilas romanas los paises á que extendian sus conquistas, y hermanando las máximas austeras de Zenon con la moral sublime del Evangelio, mas que ley de un pueblo, lo es de género humano: así sobreviviendo á la nacion que lo formó, lejos de perecer con la invasion de los bárbaros, pasa á ser precepto de los vencedores, modificando sucesiva y lentamente su derecho y sus costumbres, y marcha á extender su dominacion á naciones que no habian sufrido el yugo de los Césares. De este modo el Derecho Romano, dirigiendo al mundo por mas de veinte siglos, viene á ser *el derecho inmortal.*

Su enseñanza es reputada como la base del estudio de la jurisprudencia, honor que merece como dice Mr. Blondeau, porque como derecho modelo, es para los juriconsultos lo que para los escultores y para los pintores son las admirables obras maestras, que nos ha legado la antigüedad. Pero para nosotros

(1) Este prólogo es el mismo que lleva la obra en las ediciones anteriores.

el Derecho Romano no es solo un modelo; es además, bajo cierto aspecto, una parte de nuestro derecho nacional, ya se le considere en el terreno de la historia, ya en el campo de la práctica: leyes romanas componen exclusivamente el Código de Aniano; el Fuero Juzgo ya trascribe textualmente algunas, ya con mas frecuencia supone y modifica sus principios; y las célebres leyes de Partidas, este código el mas científico y el de mas uso entre nosotros, viene á ser en los puntos de derecho civil el reflejo de las compilaciones de Justiniano. Aun es mayor su importancia en las legislaciones forales de Cataluña y de Navarra, en donde para suplir el silencio de la ley escrita se acude á las romanas. De aquí dimana el ardor con que nuestros jurisconsultos de todas épocas se han consagrado á su profundo estudio: de aquí que al interpretar nuestras propias leyes, no se hayan sabido emancipar del yugo á que voluntariamente se sometian de explicar las de orígen puramente nacional por las que solo habian obtenido carta de naturalizacion: de aquí que en la escuela y en el foro el Derecho Romano haya obtenido esa autoridad que con tanta frecuencia excede de sus límites legítimos: de aquí, por último, que apenas atinamos á decir una regla de derecho ó un adagio jurídico, sin usar del idioma y de la precision con que nos los trascriben los ilustres jurisconsultos del tiempo de Caracalla y Alejandro Severo. El Derecho Romano, pues, ó bien se le considere bajo el aspecto científico, ó bien bajo el histórico nacional, ó bien bajo el puramente práctico, es indispensable al jurista español, que sin él ni conocerá la ciencia á que se dedica, ni podrá penetrar en los orígenes de las leyes, ni comprenderá su filosofía, ni su sentido verdadero, ni será por lo tanto capaz de aplicarlas con acierto.

No sostendré sin embargo, á pesar de todo esto, que ha sido legítimo el influjo exclusivo que por muchos siglos ha ejercido en nuestras Universidades, porque aunque orígen de leyes no es ley en la mayor parte de la Monarquía, sino en cuanto está trascripto en un Código español, y porque á su lado se elevan tambien instituciones desconocidas de los romanos que nos dejaron las tribus septentrionales que los lanzaron de nuestro suelo, otras que *tomamos* del derecho canónico, y otras, finalmente, que tienen un orígen verdade-

ramente nacional. Todas estas leyes son partes de un mismo todo, y este todo es nuestro derecho actual: el jurista español no puede dispensarse del estudio de las diferentes partes que le forman.

Conocida la necesidad del estudio del Derecho Romano en España, examinemos si el estado actual de su enseñanza está á la altura que reclaman los adelantos en que otras naciones nos han precedido. Lejos de mi intencion está disminuir en lo mas mínimo la consideracion justa de que gozan algunos catedráticos de esta interesante parte de nuestra facultad: sus desvelos en el magisterio los hacen dignos del aprecio público, y su ilustracion conocida les revela la necesidad de enriquecer la enseñanza con los preciosos tesoroso que las investigaciones de la escuela histórica y los descubrimientos de nuevos textos proporcionan. Pero si en las explicaciones orales de la escuela algunos profesores han acreditado que estaban al nivel de los adelantamientos modernos, aun nos falta un libro que, al mismo tiempo que los comprenda y los ponga al alcance de todos, se acomode á las exigencias de la *enseñanza* en nuestras escuelas. Esta es la gran tarea que tomo sobre mis débiles hombros, confiando mas en la benevolencia con que las Universidades han acogido mis trabajos anteriores, que en mis fuerzas para llevar á término feliz una obra de tan difícil desempeño.

Poco es necesario decir para probar que los autores que mas influencia tienen en las escuelas de España, para la enseñanza del Derecho Romano, no satisfacen las necesidades actuales de la ciencia. Dos autores de gran mérito y de esclarecido nombre en la república de las letras, Vinnio (1) y Heinneccio, por mucho tiempo han ejercido el privilegio exclusivo de darnos sus libros como el texto que dirigiera los primeros pasos de nuestros juristas. Los que nos han precedido en el magisterio nos han trasmitido los venerables nombres de estos jurisconsultos, rodeados del prestigio á que la sublimidad de

---

(1) Al hablar de Vinnio comprendo implícitamente la obra que el jurisconsulto español D. Juan Sala entresacó de la escrita por el ilustre aleman con algunas adiciones y notas relativas á nuestro derecho, y que publicó bajo el título *Institutiones Romano-Hispanæ ad usum tironum Hispanorum ordinatæ.*

sus talentos y la profundidad de sus estudios les daban un derecho indisputable: en nuestro respeto á la memoria de tan eminentes autores, parece que mirando sus obras como el último límite á que podia llegar la teoría elemental del Derecho Romano, hemos escrito *Non plus ultra* por lema de nuestras escuelas, como si hiciéramos una *protesta tácita* contra la revolucion que en los treinta últimos años ha experimentado esta preciosa parte de la ciencia. En la actualidad Vinnio va cayendo en un olvido casi total, y nuestra juventud está limitada á manejar los libros elementales de Heineccio. No cometeré yo la injusticia de pretender despojar á Heineccio del mérito real que tiene, y á que ha debido por mucho tiempo su popularidad en Europa: considero sus obras como un gran adelantamiento en su época, y creo que han contribuido en primer término á los progresos de la ciencia: no desconozco tampoco las objecciones fundadas que se oponen á su método combatido fuertemente y defendido con celo en vida aun del ilustre jurisconsulto. La reduccion de todas las doctrinas jurídicas á áxiomas es mas á propósito para ayudar á la memoria que para ilustrar al entendimiento, y extravía frecuentemente el juicio del lector por el empeño tenaz é inflexible de derivar un áxioma de otro. Pero dejando aparte el incontestable mérito intrínseco de las obras de Vinnio y de Heineccio, solo diré que pertenecen á una época de la ciencia que no es la que alcanzamos (1). El siglo XIX puede considerarse como sucesor del XVI, por los trabajos históricos de la Alemania, cuyas huellas siguen los jurisconsultos belgas y franceses con éxito ventajoso: nuevos textos poseidos por la edad media, pero perdidos por siglos enteros para la ciencia, han venido á excitar mas y mas el ardor de los eminentes jurisconsultos que cuenta ya el siglo en que vivimos. Entre estos textos ocupan el primer lugar las Instituciones de Cayo, que dan una nueva faz al derecho anterior al Imperio de Justiniano, y que prueban cuán incompletas y cuán frecuentemente inexactas son las investigaciones de los escritores, que se vieron privados del raudal de luz que comunican. Así es que los libros de Heineccio han dejado

(1) Vinnio nació en 1586 y murió en 1657: Heineccio nació en 1681 y murió en 1741.

de dominar las escuelas de casi toda Europa, y que necesitan al menos adiciones y correcciones interesantes para poder continuar sirviendo de texto en las Universidades. Mas allá de mi opinion van muchos escritores modernos: solo citaré aquí á Mr. Lerminier, que hablando de Heineccio nos dice: *sus elementos sobre las Instituciones y las Pandectas que agradaron mas por una claridad aparente que real, han perdido todo su valor despues de los trabajos y descubrimientos de la escuela histórica:*

¿Y podrá sustituir competentemente á los libros de Vinnio y de Heineccio algun otro de los pocos elementales de Derecho Romano que circulan por España? El profesorado ha resuelto negativamente esta cuestion: puede presentarse como prueba el hecho de que ó las Recitaciones ó los Elementos de Heineccio son el texto seguido generalmente en las Universidades. Triste es el estado de nuestra bibliografía jurídica moderna, por doloroso que nos sea hacer esta confesion: en ningun pais empezó la imprenta bajo mas felices auspicios que en España; en pocos ha llenado menos su mision: mientras estaba encadenado el pensamiento bajo el peso abrumador de la censura y de sus absurdas calificaciones, difícil era esperar que otra cosa sucediese; cuando felizmente estas trabas han sido rotas para siempre, la escena ha cambiado de aspecto; pero nos ha sucedido lo que naturalmente debia de acontecer: las cuestiones políticas, las prácticas y las producciones de la bella literatura, son las primeras que se han vengado del silencio á que por tanto tiempo habian estado tristemente reducidas: los estudios puramente científicos no han sido tan felices; es verdad que requerian otra calma en los espíritus y tiempos menos borrascosos que los que hemos alcanzado. Este mal era menos grave en sus consecuencias, cuando los jurisconsultos adoptando la lengua latina formaban, digámoslo así, una república universal, en que todos escribian para todos los paises; pero desde que los extranjeros han empezado á publicar sus obras en sus propios idiomas, una nueva barrera ha venido á levantarse entre ellos y nosotros, barrera que debemos todos esforzarnos en franquear para que no se repita lo que ahora nos sucede respecto de los estudios históricos de la Alemania, que tan lenta y tardíamente van penetrando en nuestra patria.

Si varias de las obras elementales modernas de Derecho Romano de las que con mas crédito corren por Alemania, Bélgica y Francia, y que son los manuales de sus escuelas, fueran familiares en España, y hubiesen logrado sustituir á los antiguos libros de asignatura, no habria yo emprendido el trabajo que hoy ofrezco al público, porque en ellas podrian encontrar los catedráticos texto fácil de acomodar á nuestras escuelas, cualquiera que fuera el método que se propusieran seguir; pero no siendo esto así, he creido hacer un servicio publicando un libro que en lo posible satisfaga las diferentes exigencias de los profesores, y que se arregle á las necesidades de nuestra enseñanza.

Sirvan las consideraciones que preceden de justificacion al que añade un Comentario mas á los muchos que se han escrito sobre las Instituciones de Justiniano. Acerca del método y de las innovaciones que introduzco en la enseñanza, creo que no será fuera de propósito que dé algunas explicaciones.

Tres puede decirse que son los métodos de exponer el derecho: el exegético, el dogmático y el histórico. Ninguno de ellos es exclusivo, pues todos mútuamente se auxilian y se mezclan, de modo que esta division y nomenclatura vienen á ser solo la manifestacion del objeto principal que se propone el escritor ó el maestro. El exegético tiene por objeto la explicacion del mismo texto de las leyes con arreglo á las severas reglas de la crítica y á los rectos principios de la interpretacion: el dogmático por el contrario, considerando las leyes en conjunto hace su exposicion sistemática, y desarrolla los principios que comprenden: el histórico se refiere principalmente á la indicacion de los orígenes del derecho y á la formacion progresiva de cada una de sus partes. El método histórico puede unirse con el exegético y con el dogmático; pero estos dos últimos no son compatibles á pesar de que contínuamente se cruzan y se auxilian. En la necesidad de optar por uno de estos métodos, yo me he decidido por el histórico-exegético: explicaré las razones que á ello me han inducido.

El método exegético, que fué el que adoptaron los antiguos glosadores y que por mucho tiempo prevaleció en las escuelas de Europa, puede decirse que hasta los últimos tiempos ha dominado casi exclusivamente en las Universidades españolas. No seria

esta una razon para sostenerlo hoy, si la experiencia de los pocos años que han corrido desde que fué sustituido por el dogmático, no nos acreditara la necesidad de restablecerlo. Cuando la obra exegética de Vinnio era la adoptada para la enseñanza de nuestras escuelas, observábamos que mas que á las doctrinas del autor, se referian los jóvenes á la letra de los textos legales, y que al mismo tiempo que enmudecian ante la autoridad de Justiniano, se creian dispensados de someter su razon á la de aquel intérprete tan autorizado. Por el contrario, la adopcion de los libros dogmáticos de Heineccio ha producido que se olvide el texto de la ley, porque muy pocos ó quiza ninguno de los juristas se toma la enojosa molestia de ir examinándo uno por uno los orígenes que sirven de fundamento á su doctrina. De este modo ha venido á mirarse como supérfluo el estudio de los orígenes de las leyes, y á convertirse en tradiciones los principios de derecho que los grandes jurisconsultos del tercer siglo de nuestra era dejaron escritos como modelos para la posteridad. Permítaseme aquí, en comprobacion de esto, citar la autoridad de uno de los jurisconsultos alemanes que mas nombre tiene por sus trabajos dogmáticos elementales. Mackeldey hablando de la necesidad de no abandonar los estudios exegéticos dice entre otras cosas: «El estudio de los »orígenes en la ciencia del derecho, como en las demás, es el »único que puede formar nuestro espíritu, fortificarnos contra »el ridículo defecto de la adhesion ciega á la autoridad de los »maestros, *jurare in verba magistri*, y de ponernos en estado »de marchar á pié firme y de ser continuamente nuestra pro»pia guia.» A estas razones generales se agrega otra peculiar á nuestro pais y á nuestra época. Cuando se está trabajando asíduamente en la formacion de nuevos códigos, cuando se va á hacer una escision entre lo pasado y el porvenir, cuando de repente nos vamos á ver privados del auxilio que para la recta inteligencia y comprension de las leyes nos daban los glosistas, comentadores y tratadistas del derecho patrio, útil es que esté preparada la juventud para la reforma, de modo que, aprendiendo á aplicar las reglas de la interpretacion, adquiera el tacto delicado que es necesario para comprender bien los códigos, y desentrañarlos libro por libro, título por título, artículo por artículo, frase por frase y palabra por palabra,

Mas el método exegético por sí solo no llenaría el objeto que me propongo, á no estar asociado al histórico. El célebre Montesquieu dice que la historia se aclara por las leyes, y las leyes por la historia: esta observacion cuadra aun mas de lleno al Derecho Romano, en que. vemos que sin destruirse lo que existia se iban sucesivamente introduciendo las innovaciones que las necesidades nuevas reclamaban. Así es que todos los jurisconsultos mas distinguidos han seguido este camino desde el siglo XVI, y que á él en gran parte se debe el carácter científico que hoy tiene la enseñanza del derecho romano en toda la Europa. Agrégase á esto que sin la exposicion del orígen y de la filiacion de las reglas es difícil explicarlas; por el contrario, cuando se las examina en el terreno de la historia, al mismo tiempo que se hace fácil su comprension, se las despoja de la aridez que una mera exégesis llevaria consigo. A esta falta de combinacion de la teoría de derecho y de la historia se debe en gran parte el hastío con que algunos miran la jurisprudencia, y que el estudio del Derecho Romano no haya sido como debia el punto de partida, desde el que buscándose las instituciones en su orígen, se las siga en su desarrollo al través de los siglos, de las ideas, de las costumbres y de las formas de gobierno.

Leibnitz dividió la historia del derecho en interna y externa, y esta division ha prevalecido entre la mayor parte de los escritores modernos, si bien no en la acepcion rigurosa que le dió su fundador. La externa llamada antes sencillamente *historia del derecho*, trata de sus orígenes, de sus modificaciones sucesivas y de la literatura jurídica: la interna, á que se da tambien el nombre de *antigüedades*, desciende á los mismos principios del derecho, y expone su progresion y sus alteraciones. Reputando preferible el método que hace preceder al estudio del derecho su historia externa, dejo la exposicion de la interna, á imitacion de muchos y respetables jurisconsultos, para el comentario de los mismos textos. De este modo, como dice Mr. Giraud, la historia viene á explicar el dogma.

Hay muchos que pretenden que el Derecho Romano debe estudiarse bajo el aspecto puramente práctico: en su concepto solo serían objeto de enseñanza los principios, que por su universalidad, ó por su adopcion están seguidos por el nuestro

Esta opinion dista mucho de la mia, fundada en las razones que dejo expuestas al sostener el estudio histórico del derecho. Pero deseando conciliar en lo posible la comodidad de los que así piensan con las exigencias mas científicas de otros, habia adoptado en el original dos colores, con cuyo auxilio á primer golpe de vista se encontrarán como presentados en realce ambos sistemas. A excepcion del uso de dos diferentes tintas para fijar la atencion, nada tenia de comun mi pensamiento con el que presidió á la publicacion de las Instituciones rubro-nigras de Justiniano, dadas á luz en Amsterdam en 1664 y en 1671, y estereotipadas despues en París á principios de este siglo: estas ediciones tienen por objeto separar todo lo que es principio de lo que es consecuencia: el mio era distinguir con caracteres negros lo que es derecho universal ó conforme al español, de lo puramente romano ó histórico que debia imprimirse con caracteres encarnados. Las dificultades materiales con que he tropezado al llevar á ejecucion el pensamiento, y el mayor precio de los ejemplares que deseo poner al alcance de las facultades de todos los alumnos de jurisprudencia, me han retraido de mi propósito despues de haber vencido los obstáculos que bajo el aspecto científico se me habian ofrecido.

Expuestas estas bases generales de la obra, debo descender ahora á manifestar el plan que sigo en sus diferentes partes.

Adoptado el método exegético, poco dudosa podia ser la eleccion de la obra de Justiniano, objeto de mis Comentarios. Sus Instituciones, libro á la vez de autoridad y de doctrina, en que el Emperador legisla y enseña, y que fueron compuestas para que sirvieran de elementos de la ciencia del derecho, merecen sin duda la preferencia para los que se proponen escribir tratados exegéticos elementales. Entre los diferentes textos que corren de esta obra, he elegido el que con tan profunda crítica y perseverantes vigilias publicaron en Berlin los jurisconsultos Schrader, Clossius, Mayer y el filólogo Tafel en el año de 1832. Resultado de tareas diligentes no interrumpidas por diez años, de investigaciones laboriosas en las principales bibliotecas de Europa, y del exámen comparativo de ciento treinta manuscritos y de doscientas setenta y dos ediciones, es uno de los trabajos críticos que mas honran á la

Alemania. Así, al mismo tiempo que me valgo del texto que mas sin duda se aproxima á su primitiva originalidad, tengo la satisfaccion de publicarlo en España. Soy tan escrupuloso al reproducirlo que ni en la puntuacion me permito la alteracion mas ligera: tan profundo respeto me merece. De aquí dimana que no considere la numeracion de los párrafos como una parte de ellos: la edicion que sigo la ha omitido y con fundamento, porque semejante division no aparece en los manuscritos ni en las ediciones primitivas. Sin embargo, como su uso es útil por las referencias contínuas de los autores y por las mismas que me veré precisado á hacer frecuentemente, adopto el medio que Mr. Laboulaye ha seguido en la edicion de este texto publicado en París en 1845, poniendo los números al márgen. En la numeracion de los párrafos me arreglo al texto del célebre Cujas, publicado en 1558, que alterado por Fabrot, fué restituido en 1772 por Koehler á su pureza primitiva, y ha sido vulgarizado por la prensa francesa en los libros titulados *Juris civilis Ecloga*, *Juris civilis Enchiridium* publicados en 1822 y en 1836.

La circunstancia de haber escrito esta obra fuera de mi patria, me impidió registrar por mí mismo nuestras bibliotecas y buscar las traducciones ya impresas, ya manuscritas que puedan existir de las Instituciones de Justiniano. Desde luego puedo decir que no hay una sola que corra en las manos de los profesores, cosa que no tiene nada de particular cuando nuestros jurisconsultos hasta el siglo pasado han apelado al latin para explicar las mismas leyes que estaban escritas en castellano. Sin embargo de esto tenemos una traduccion antigua que ha llegado á ser muy rara: yo recuerdo haberla visto, pero no la he podido adquirir para tenerla presente al hacer la mia: titúlase *Las Instituciones Imperiales (ó Principios del Derecho Civil) dirigidos al Príncipe D. Philippe nuestro señor, Traducidas por Bernardino Daza, Legista, natural de Valladolid*: está publicada en Tolosa por Guion Bodavila, impresor y jurado de la Universidad en 1551 (1). Así al hacer la version

(1) Dispuesta ya esta obra para la prensa ha llegado á mis manos una reimpresion de la traduccion de Daza con el texto latino al lado, publicada en el año de 1723 por Lorenzo Francisco Mojados.

he seguido solo mis propias inspiraciones: hubiera preferido traducir palabra por palabra á no haber encontrado la dificultad de que esto á las veces haria incorrecto el lenguaje castellano, otras produciria oscuridad en el pensamiento, y otras, finalmente, confundiria el sentido gramatical y el jurídico de las frases; pero he procurado siempre desviarme lo menos posible del tenor literal del texto, y nunca del sentido legal que encierra.

Tengo que responder aquí anticipadamente á una objecion que preveo que se me hará, tachando de inconsecuente al que recomienda como necesario en el jurista el conocimiento de la lengua latina, y por otro lado traduce al castellano y comenta en castellano las Instituciones imperiales. Lejos de disminuir en lo mas mínimo la importancia que doy al conocimiento de la lengua latina para el jurista, tengo cada vez mayores motivos para creer que sin ella no hay jurisconsulto posible; pero al mismo tiempo es por desgracia un hecho cierto que muchos de los que se dedican al estudio del derecho, están tan mal preparados que no pueden comprender los textos latinos. La experiencia enseña esto á todos los catedráticos: prueba de ello es que á pesar de sus esfuerzos para desterrar las traducciones de los libros de asignaturas hechas casi siempre por personas incompetentes, tienen el sentimiento de ver burlados sus deseos, no por falta de docilidad en los alumnos, sino por la dificultad invencible que encuentran algunos de entender el idioma en que escribieron los jurisconsultos. Por otra parte, pocos escritores de Derecho Romano lo hacen ya en latin: así al traducir el texto, y al comentarlo en el idioma pátrio no introduzco una innovacion, sino que me atempero á lo que hacen casi todos los jurisconsultos extranjeros, y evito el inconveniente de no ser entendido por muchos, y el de pasar por la dura prueba de que un especulador con mas ó con menos acierto traduzca al castellano mi trabajo. Para conciliar, pues, la necesidad del dia con los intereses permanentes de la ciencia, pongo al lado del texto latino la traduccion castellana; lejos de temer así contribuir al olvido de un idioma tan indispensable, creo por el contrario, que si este trabajo mereciese los honores de la adopcion en las escuelas, seria favorable á su cultivo. Me fundo para esto en la misma naturaleza de los

cursos exegéticos, en que el principal estudio es el del texto cuyas palabras son objeto de un exámen, ya filológico, ya jurídico, á diferencia de los dogmáticos en que el principio de generalizacion y abstraccion evita tan contínuas referencias. No sé cuál será el método particular de enseñanza que adoptarán nuestros profesores, si volvemos otra vez á los estudios exegéticos: si fuera el antiguo en que se obligaba al alumno á decorar el texto legal y á explicar su sentido antes de ocuparse del comentario, lejos de perjudicarle la traduccion, le pondrá en disposicion de estudiar con mas facilidad y precision su sentido gramatical al mismo tiempo que el jurídico, y la necesidad de decorar el texto latino hará desaparecer el peligro de que los alumnos solo tengan á la vista la traduccion. Al hablar de este modo no propongo un plan, esto me sacaria de mi terreno; solo me refiero á los métodos de enseñanza adoptados antes en las Universidades españolas, y á que tenian que ceñirse los catedráticos en cumplimiento de las leyes académicas; pero ó adoptándolo tal como antes existia, ó sustituyendo al trabajo de la decoracion el análisis filológico y jurídico que teniendo á la vista el texto latino hicieran los alumnos, siempre tendríamos un resultado mas favorable al espíritu del principio que recomienda el estudio de los textos latinos, que el que ofrece un libro dogmático, que apenas conocen los cursantes mas que por sus traducciones.

Inmediatamente despues del texto pongo sus orígenes: esta es una consecuencia del sistema histórico que sigo. Las Instituciones de Justiniano fueron formadas en una época que bajo el aspecto científico distaba mucho en mérito de la en que florecieron los jurisconsultos romanos, sobre cuyos escritos están modeladas en su mayor parte: hacer familiar y fácil el conocimiento de los venerables textos que reproducen, que modifican ó que imitan, es el fin que me propongo al escribir las fuentes de la doctrina que contienen. Siempre que me es posible, acudo á los nuevos textos con preferencia á los antiguamente conocidos, y sobre todo á las Instituciones de Cayo, á cuyo descubrimiento se deben muy principalmente los progresos históricos modernos, con objeto de hacer palpable la necesidad imperiosa de su estudio. Al fijar los orígenes señalo los parajes que están literalmente copiados, aquellos que están

imitados sin copiar, con mayores ó menores alteraciones, y los que meramente confirman lo que dice el Emperador. Respecto á estos últimos, pudiera haber aglomerado las referencias; pero he huido de hacerlo por las razones que expondré al ocuparme de las citas.

En el Comentario he procurado aprovechar las lecciones que me ha enseñado la experiencia en el magisterio, y combinar en lo posible las exigencias de la teoría con los intereses de la práctica. Definir con la exactitud posible las palabras que lo requieren, hacer las divisiones que reputo mas necesarias, explicar las voces técnicas, aclarar las teorías generales con el auxilio de la historia y de algunos ejemplos, y manifestar su fundamento, su encadenamiento y dependencia, es en compendio el objeto de mi trabajo. Sin descender á dar la razon de todas las cosas huyendo de caer en el peligro que señala el célebre d'Aguesseau de pedir cuenta de la fé de nuestros antepasados, y de poner en cuestion decisiones consagradas por el consentimiento unánime de la especie humana, he procurado señalar el principio racional de las instituciones que lo requerian, teniendo presente lo que dice el mismo canciller: *el templo de la justicia no está menos consagrado á la ciencia que á las leyes, y la verdadera doctrina que consiste en penetrar en el espíritu de estas es superior á su mismo conocimiento.* Comun es en los comentarios de Derecho Romano que son mas apreciados en España entrar en investigaciones sutiles, minuciosas y de poca utilidad: convencido de que, cualquiera que sea la ventaja que puedan reportar á los que ya están iniciados en el derecho, deben desterrarse de una obra elemental, no les he dado cabida en la mia. Esta misma consideracion me ha inducido á emplear con sobriedad el uso de referencias á los escritores mas notables; los cito, sin embargo, muchas veces, mas que con el objeto de apoyarme en ellos, con el de promover su estudio.

Al final de cada título pongo un exámen comparativo de las doctrinas romanas y españolas, considerándolas mas en conjunto que en sus pormenores; he creido que de este modo llenaba mejor el objeto que han tenido diferentes estatutos universitarios, que al prevenir que en el Derecho Romano se marcaran sus concordancias y diferencias con el pátrio, esta-

blecieron por separado la enseñanza del último. Si descendiera al cotejo individual de las leyes, mi trabajo en gran parte se hubiera limitado á citas, como el de D. Juan Sala en sus Instituciones romano-españolas: la experiencia enseña el poco caso que de ellas suelen hacer los alumnos, que no se han cuidado mucho mas de las discrepancias que al concluir la explicacion de cada párrafo escribió con diligente asiduidad el laborioso jurisconsulto. Presentándolas en conjunto herirán mas la imaginacion, y evitarán la confusion que podria resultar de mezclarlas con la explicacion de los textos romanos (1).

Solo me resta hablar de las citas de leyes, en que apoyo la doctrina de los Comentarios. Mr. Dupin dice: «El abuso de las citas nace de la máxima bárbara: *Erubescendum esse jurisconsulto sine lege loquenti.*» Esto mismo lo habia dicho antes Everardo Otton. Pero el uso sóbrio y prudente de las citas es indispensable en una obra de derecho, para apoyar las reglas que no tienen otro fundamento que la autoridad del legislador; y solo cuando se emplean con profusion, á los inconvenientes que ofrece el que no estén concretadas á la doctrina, en cuyo apoyo se ponen, agregan el de retraer al lector de tomarse la molestia de evacuarlas. En esta sobriedad encontrarán una ventaja los profesores, que aconsejen á sus discípulos que lean las leyes en que el autor que estudian, apoya sus doctrinas, consejo, que si fuera atendido, produciria excelentes jurisconsultos. En el modo de hacer las citas me arreglo exclusivamente á la costumbre recibida en nuestras Universidades.

Basta esto para demostrar el objeto y el plan de la obra que doy á la prensa: los que conocen la paciente asiduidad que requiere esta clase de trabajos, podrán juzgar de las dificultades que habré tenido que superar: yo me daré por suficientemente recompensado si consigo despertar la aficion de algunos jóvenes á los estudios sérios, porque de este modo nos repondremos de la decadencia á que hemos llegado, y entraremos en una nueva via de progreso.

---

(1) Como se hizo en la anterior edicion se han puesto en esta al tratar del exámen comparativo de las doctrinas romanas y españolas, ligeras indicaciones de las últimas reformas de nuestro derecho en materia civil.

INTRODUCCION HISTÓRICA

AL ESTUDIO

DEL DERECHO ROMANO.

La idea del Derecho es comun á todo el género humano, porque es el resultado inmediato y necesario de la libertad del hombre. Las naciones, aplicando á las diferentes relaciones de la vida social los principios instintivos, que en todos los paises se presentan con un carácter igual de conveniencia y de justicia, forman su derecho peculiar, que no es una creacion artificial, ni el producto espontáneo del ingenio y de la voluntad de los legisladores, sino el conjunto de principios ya existentes y su sucesivo desarrollo. Así la escuela histórica moderna sostiene que existe el Derecho desde que un pueblo existe, y que el carácter individual de las naciones refleja en su derecho como en su lengua y en sus costumbres.

A proporcion que los pueblos crecen y se civilizan, se debilita la expresion del sentimiento general, que en su primitivo estado puede decirse que era el orígen exclusivo de su propio derecho; pero como las relaciones sociales se complican, es necesario que se formule la ley con el objeto de fijar el asentimiento de la sociedad á las

reglas que deben gobernarla. Así se constituye la autoridad del legislador, que ya sigue el impulso originario del Derecho, ya procura modificarlo, rectificarlo ó dirigirlo. De este modo el Derecho, perdiendo sucesiva y lentamente su carácter exclusivo, no representa ya tan fielmente las costumbres nacionales; pero sirve de guia y de educacion al pueblo, crece con él, con él se vigoriza y con él decae.

El Derecho Romano nos presenta esta misma progresion, y en él, como en el grande pueblo á que regia, distinguimos perfectamente las edades de infancia, de juventud, de virilidad y de vejez: en la primera el Derecho nace, en la segunda se desarrolla, en la tercera se perfecciona y en la cuarta decae. Esta division es la que adoptamos siguiendo á escritores célebres (1), porque es la que mejor se presta en nuestro concepto á la explicacion de la historia del Derecho Romano. Dividimos en su consecuencia la historia en cuatro períodos:

1.º **Desde la fundacion de la ciudad hasta la formacion de las Doce Tablas.**
2.º **Desde las Doce Tablas hasta Ciceron.**
3.º **Desde Ciceron hasta Alejandro Severo.**
4.º **Desde Alejandro Severo hasta Justiniano.**

Cada uno de estos períodos está trazado en cuatro párrafos, que comprenden por su órden la reseña de la historia política, los orígenes del Derecho, el estado del Derecho y la cultura jurídica; método que nos ha parecido conveniente para dar órden, claridad y precision á nuestras doctrinas. Concluiremos haciendo un lijero bosquejo de la suerte que al Derecho Romano cupo despues del imperio de Justiniano, y especialmente en nuestra pátria.

(1) Gibbon, Mackeldey, Hugo, Warmkœenig, Giraud y Blondeau.

PRIMER PERIODO.

Desde la fundacion de Roma hasta las leyes de las Doce Tablas.

Años de la fundacion de Roma: del 1 al 300.—Años antes de Jesucristo: del 750 al 450.

§ I.

RESEÑA DE LA HISTORIA POLÍTICA.

El orígen de Roma se pierde en las tinieblas de la antigüedad (1): los anales de los pontífices perecieron en la invasion de los galos, y hasta el siglo VI de la fundacion de la ciudad no se encuentra un historiador (2) que trasmitiese á las generaciones futuras los fastos de un pueblo que la Providencia destinaba á dominar al mundo: los cantos populares (3), las tradiciones de las familias (4) y las epopeyas nacionales (5) sirven de fundamento para su historia primitiva. Así el esceptismo moderno (6) cuenta entre las fábulas mitológicas las creencias que acerca del origen de Roma, de Rómulo y de Numa han pasado como historia, y admite en parte y en parte desecha las tradiciones que se refieren al tiempo que medió desde Tulo Hostilio hasta que los escritores empezaron á referir los hechos que presenciaban, ó los que habian precedido pocos años antes.

Dejaremos aparte las investigaciones eruditas y aun poé-

(1) Tit. Liv. VI, 1.
(2) Ibid. y Dion. de Halic. lib. I.
(3) Cic. *Tuscul.* 1, 2.
(4) Plinio, *Hist. nat.* XXX, 2.
(5) Cic. *De Orat.* I, 45.
(6) Vico, Niebuhr y Beaufort.

ticas de Vico y de Niebuhr queriendo arrancar á la noche de los tiempos el arcano de los orígenes de Roma; estamos de acuerdo con Holcio en que, aunque haya incertidumbre en la historia, no la hay en cuanto á las instituciones civiles y políticas, que han prevalecido sobre la oscuridad de las tradiciones.

Siguiendo la opinion que nos parece mas bien fundada, creemos que Roma fué una colonia latina, á que concurrieron muy luego los sabinos (1) y los etruscos (2): esta diferencia de linajes explica la primitiva division del pueblo en las tres tribus de *Rhamnenses*, *Tatienses* y *Luceres* (3), representantes de las diversas naciones de que se componia la ciudad (4); division que habia de desaparecer cuando mezcladas las razas cesaran las reminiscencias de su diverso orígen. Dividióse tambien al pueblo en sus primeros dias en treinta curias, sin que pueda asegurarse si esta division era independiente de la anterior, ó si bien las curias eran subdivision de las tribus (5).

De suponer es que al principio subsistiria la diversidad de habla, de creencias, de derecho y de costumbres de cada una de las tribus que habian concurrido á formar la nueva ciudad; pero encontramos bastante fundamento en la historia para decir que vinieron muy pronto á fundirse, formando de este modo una unidad verdaderamente nacional, pero que deja traslucir la índole de los diferentes pueblos de que se derivaba (6). El romano de esta época es grave y austero en sus costumbres, celoso de su libertad, severo con su familia, constante en sus propósitos, fiel á su palabra, valiente en los combates, cruel con sus enemigos, religioso mas por supersticion que por convencimiento (7), y tiene por únicas

(1) Tit. Liv. II, 16.
(2) Tác. *Annal.* IV, 65.
(3) Cic. *De rep.* II, 8.
(4) Niebuhr.
(5) Ortolan.
(6) Giraud, Niebuhr.
(7) Giraud, Holcio, Hugo, Warmkœenig

ocupaciones la guerra, la agricultura (1) y la pecuaria (2), desdeñando el comercio y los oficios mecánicos (3).

La circunstancia de estar reducido el pueblo romano á una sola ciudad, que es la base de la conformidad de sus costumbres, y despues de la igualdad de sus leyes (4), le da un carácter municipal (5), que deja grabada una huella profunda en su derecho; huella que no logran destruir ni el tiempo, ni las revoluciones, ni el comercio con los extranjeros, ni la extension colosal de sus conquistas.

La existencia vigorosa que llega á tener el nuevo estado, le permite dar acogida á los extranjeros que buscan un asilo para sustraerse del castigo que les espera (6), á los esclavos fugitivos y á los que han obtenido su libertad, y admitir dentro de su recinto á los habitantes de los pueblos inmediatos que subyugan. De aquí nace la diferencia entre los patricios y plebeyos (7), castas separadas, cuya sangre no puede mezclarse, de las cuales la primera, especie de nobleza hereditaria, domina, tiene sus ritos propios, su derecho privilegiado, monopoliza el ejercicio de las funciones sacerdotales, políticas y religiosas, y participa exclusivamente del repartimiento de las propiedades *(ager publicus)*, mientras la segunda, compuesta de hombres libres, á pesar de que no goza de las preeminencias anteriores, es llamada á la defensa del Estado (8). Cada plebeyo tiene un patrono del órden patricio, de que es cliente, y él y sus descendientes entran en cierto modo en la familia del patrono: así vienen las familias plebeyas á ser una accesion de las patricias. Este vínculo de la clientela que las une, produce efectos en el órden moral, en el derecho público y en el civil (9): en su virtud el cliente tiene las

(1) Plinio, *Hist. nat.* XVI, 14.
(2) Varron, *De re rust.* II, 1.
(3) Cic, *De officiis,* II, 1.
(4) Warmkœnig.
(5) Giraud.
(6) Cic., *De Orat.* I, 9; Tit. Liv. I, 8.
(7) Cic., *De rep.* II, 8; Festo en la voz *Patres.*
(8) Ortolan, Niebuhr, Holcio, Mackeldey.
(9) Cic., *De rep.* I, 9; Dion. Halic. II, 10; Gell. V, 3; Tit. Liv. II, 56.

mismas deidades privadas *(sacra gentilia)* que el patrono, debe de reverenciarlo, y servirle en caso de necesidad con sus bienes y aun con su vida, y el patrono á su vez protèje al cliente, le socorre en sus necesidades y lo defiende en juicio.

Al lado de estas dos clases hay otra tercera, abyecta y envilecida, que carece de toda consideracion política y civil, la de los esclavos, institucion comun á todos los pueblos de la antigüedad. Los patricios y los plebeyos forman el pueblo: el esclavo no pertenece al pueblo, es solo una cosa.

El primitivo gobierno de Roma fué monárquico electivo, pero sujeto á muy estrechos límites. En su constitucion originaria existen tres elementos revestidos de altas funciones políticas: el rey, el senado y el pueblo.

El rey manda los ejércitos, convoca al senado y al pueblo, hace ejecutar las leyes, administra justicia, y como pontífice máximo tiene la direccion suprema de las cosas sagradas.

El senado es el consultor de los graves negocios del Estado, y de los proyectos de ley, de guerra y de paz que deben someterse al pueblo (1). Los que componen originariamente esta asamblea no son, como el nombre de *senado* indica, los ancianos de la ciudad, sino los representantes de las familias patricias, cuyos intereses personifican, y no deben por lo tanto su eleccion al rey ni al pueblo (2). Mas tarde Tarquino I nombra senadores á algunos plebeyos, á que se da el nombre de *conscripti*, en contraposicion á los antiguos llamados *patres*, hasta que amalgamándose ambas denominaciones, se da el nombre de *patres conscripti* á todos los miembros de la asamblea: de aquí parten las expresiones, *patres majorum, patres minorum gentium* (3). La descendencia de estos nuevos senadores es elegible en lo sucesivo (4), derecho que conserva mientras no pierde su lugar en el censo. Convocados los

(1) Tit. Liv. VI, 42.
(2) Niebuhr.
(3) Cic. *De rep.* II, 20.
(4) Gell. III, 18.

senadores bajo los auspicios de la religion (1), y obligados á asistir con penas pecuniarias (2), deliberan sobre los puntos que los magistrados supremos les proponen (3), propuesta que pueden ampliar por medio de adiciones (4). Al acuerdo que forman se da el nombre de *senatus consultum*; pero si los tribunos de la plebe interponen su veto en los términos que despues expresaremos, las determinaciones del senado tienen el nombre de *senatus auctoritas* (5).

El pueblo elige al rey y á los magistrados, declara la paz y la guerra, y hace y deroga las leyes. Sus asambleas se llaman *comicios*: estos son en su orígen *curiados*, es decir, convocados por curias, forma de celebracion que prevalece en los tiempos sucesivos para todos los negocios referentes al culto. En ellos los votos no se cuentan individualmente, sino por familias (*gentes*), que son las unidades contenidas en la curia (6), y como las familias patricias absorben en sí la representacion de las plebeyas por la dependencia de la clientela, de aquí que el principio religioso y el aristocrático, que en los comicios prevalece, dé al gobierno de Roma durante la monarquía una especie de carácter oligárquico.

Servio Tulio verifica un gran cambio, dividiendo el pueblo en seis clases, y á estas en centurias, y estableciendo el censo. En su virtud la fortuna y las cualidades personales de todos los ciudadanos son sometidas cada cinco años á exámen para señalar la clase y la centuria á que debe de pertenecer, y la proporcion con que ha de contribuir con su persona y con sus bienes al servicio del Estado (7).

(1) Gell. XIV, 7.
(2) Tit. Liv. III, 18.
(3) Gell. I, 1.
(4) Cic. *Philip.* XIII, 21.
(5) Tit. Liv. IV, 57.
(6) Niebuhr, Giraud, Ortolan.
(7) La primera clase se componia de los que en tierras y bienes poseian 100.000 asses se subdividia en ochenta centurias ó compañías de infantería, cuarenta de ellas de jóvenes, esto es, de los comprendidos desde 17 hasta 46 años de edad (Cic. *De sen.* 17; Gell X, 28), dispuestos á hacer las guerras exteriores, y cuarenta de ancianos para la defensa de la ciudad. A estas ochenta centurias se agregaron otras diez y ocho de caballeros (*equi-*

Mas á pesar del respeto que nos merecen los escritores que adoptando la opinion generalmente recibida suponen que ya en su reinado esta division fué aplicada á la eleccion de los magistrados, y á la formacion de las leyes en los comicios centuriados, creemos que semejante innovacion no tuvo lugar hasta que despues de la expulsion de los reyes necesitaron los patricios llamar en su auxilio á los plebeyos (1).

No habian aun pasado dos siglos y medio despues de la fundacion de la ciudad (año 244), cuando una gran revolucion, ó bien producida por el odio personal á Tarquino el Soberbio, ó por el deseo del pueblo de nuevas instituciones, ó por la lucha entre el principio aristocrático y el monárquico, ó por todas estas causas coaligadas, destruyó el trono en nombre de la libertad y proclamó el principio republicano: así, como dice Mr. Dupin, el primer tirano de Roma fué su último rey.

La dignidad consular reemplazó á la real por efecto de esta revolucion: depositada en dos magistrados elegidos anualmente de entre los patricios, se diferenciaba de la que los

tes), preparados para pelear á caballo contra el enemigo, cuerpo militar que con el tiempo tomó cierto carácter político. Total de centurias de esta clase.	98
La segunda clase se componia de veinte centurias, diez de jóvenes y diez de ancianos: el capital de cada uno de los que las formaban era de 75,000 asses. A estas deben agregarse otras dos centurias de obreros *(fabri)* para manejar las máquinas de guerra: Tito Livio los pone en la primera clase. De presumir es que estos obreros serian dependientes de los que componian las dos primeras clases, pues no es de creer que los hubiera del capital correspondiente á ellas en una ciudad en que se reputaba deshonrosa la industria.	22
Para la tercera clase se requeria tener 50,000 asses; sus centurias eran veinte.	20
La cuarta clase era de los que reunian 25,000 asses, y constaba de veinte centurias y de dos de músicos.	22
La quinta se componia de los que tenian 11,000 asses, y formaban treinta centurias.	30
La sesta comprendia á todos aquellos cuyos bienes no llegaban á la cantidad de 11,000 asses. Aunque el número de sus individuos excedia al de cada una de las demás clases, solo componian una centuria.	1
Total de centurias.	193

En esta clasificacion hemos seguido á Dionisio de Halicarnaso; Tito Livio cuenta 194 centurias, poniendo tres de músicos, y á las de obreros en la primera clase. Ciceron (*De rep.* II, 22) pone tambien 193 centurias, no dando á la primera clase mas que 88 centurias y una de obreros.

(1) Cic. *De rep.* II, 36; Tit. Liv. I, 60; Niebuhr, Mackeldey.

reyes habian ejercido en el nombre, en el número y en la duracion de su autoridad (1). El corto término de sus funciones, el temor de ser el blanco del ódio de sus conciudadanos al volver á la vida privada, la influencia que sobre ellos ejercia el órden patricio á que pertenecian, y el poder mútuamente cada uno de los cónsules servir de freno á las miras ambiciosas del otro (2), parecieron á los romanos garantías bastantes para no temer la tiranía. La revolucion habia sido hecha especialmente en beneficio de la aristocracia; pero de ella se puede decir que tomó origen la emancipacion de la plebe, que los sucesos futuros debian realizar.

Una innovacion importante hecha en los primeros tiempos de la república, manifiesta que la decadencia del principio aristocrático fué casi simultánea con el triunfo que acababa de conseguir. Esta fué la creacion de los comicios centuriados para la eleccion de los magistrados y para la formacion de las leyes. El principio de que la participacion del ciudadano en las deliberaciones públicas debia ser correspondiente al modo que tenia de contribuir á las cargas del Estado, sustituyó los comicios convocados por centurias, en cuya clasificacion dominaba el principio de las fortunas, á los antiguos curiados, en que prevalecia la influencia de los patricios: de este modo al lado de la aristocracia de linaje vino á crearse otra aristocracia de riqueza, que estaba abierta á todos los ciudadanos (3). Así como oportunamente observan Hugo y Giraud, el Estado vino á ser como una sociedad mercantil, en que la voz deliberativa de cada uno de sus individuos corresponde á las acciones que tiene.

Mas no eran estas adquisiciones suficientes para la parte mas numerosa del pueblo. Poco gananciosa con el cambio político efectuado, no encontraba recursos para sustraerse de la miseria, que agravaban los senadores suscitando guerras, ya

(1) Tit. Liv. II, 1.
(2) Cic. *Post red in Senat.* Hugo.
(3) Giraud, Ortolan.

para proporcionar triunfos á los individuos mas notables de su órden, ya con la esperanza de que se aumentara el precio de los artículos mas necesarios para la vida, y de poder entonces vender mas caros sus frutos ó prestar á mas alto interés su dinero. El infeliz ciudadano, que teniendo que acudir á derramar su sangre por la pátria, carecia de medios para dejar á un esclavo encargado del cultivo de su pequeña heredad, ó que quizá la veia talar por el enemigo, se hallaba obligado á conformarse con las duras condiciones que la avaricia del rico le imponia (1): el rigor de la justicia administrada por individuos del órden patricio venia á completar su infortunio (2): así con frecuencia, no teniendo bienes con que satisfacer sus deudas, se encontraba en el caso de ser reducido á esclavitud por su desapiadado acreedor. Mas de una vez el senado, para prevenir los efectos de la exasperacion de las clases menesterosas, tomó medidas que, aliviando la situacion del momento, daban treguas al mal, ya cancelando las deudas, ya volviendo la libertad á los que por ellas estaban en servidumbre (3); mas el mal quedaba en pié, lo que unido á las cuestiones que se originaban acerca de la distribucion de los territorios conquistados, ocasionó graves disturbios, que dieron lugar á dos instituciones nuevas: la dictadura y los tribunos de la plebe.

El dictador creado por primera vez en el año 253 (4) de la fundacion de Roma, era un magistrado extraordinario, revestido de un poder casi absoluto, al que en tiempo de crisis y solo por seis meses á lo sumo (5) se confiaba la salvacion del Estado y la administracion de la justicia. Ante su autoridad callaban todas las demás magistraturas, á excepcion de los tribunos de la plebe (6); mas el poder legislativo quedaba libre en el ejercicio de sus funciones. El dictador podia con-

(1) Cic. *De rep.* II, 3.
(2) Hugo.
(3) Cic. *De rep.* II, 34
(4) Tit. Liv. I, 23.
(5) Id. IX, 34.
(6) Id. VI, 28.

denar á un ciudadano á muerte (1) sin necesidad de la aprobacion del pueblo, que en tiempos normales era indispensable con arreglo á la ley Valeria. Marchaba á pié tanto en Roma como en el ejército, precedido de veinte y cuatro lictores, con fasces y segures (2), y no podia usar caballo sin el consentimiento del pueblo (3), ó bien para demostrar que la fuerza militar romana consistia principalmente en la infantería, ó mas bien tal vez para disfrazar con la sencillez exterior de su persona el poder ilimitado de sus funciones. El senado decidia en cada caso la creacion de esta magistratura, y los cónsules en el silencio de lo noche hacian el nombramiento (4). Irresponsable el dictador durante el tiempo de su autoridad, quedaba sujeto despues á dar cuenta de su conducta. De este modo en momentos decisivos los patricios, por medio del ilimitado poder que ejercia el dictador que era de su mismo órden, recobraban temporalmente el terreno que habian sido obligados á ceder.

El dictador elegia entre los varones consulares ó pretorios el jefe de la caballería (*Magister equitum*), amovible á su voluntad (5), dignidad análoga á la que en tiempo de los monarcas habia ejercido el tribuno de los celeres (*tribunus celerum*).

La creacion de los tribunos (año 264) fué una concesion arrancada á los patricios por los plebeyos: declarada sagrada su persona, tenian la facultad de interponer su *veto* ó derecho de resistencia, *intercedere* (6), á las decisiones de los cónsules y del senado, y especialmente á las que se referian á la administracion de justicia; no necesitaban obrar en consecuencia de la pluralidad de votos, pues que cualquiera de ellos podia paralizar por un año entero, no solo los actos de otro de sus colegas, sino tambien el acuerdo unánime de todos

(1) Tit. Liv. VIII, 33.
(2) Id. II, 18.
(3) Id. XXIII, 14.
(4) Id. IX, 38; Dion. Halic. X, 23.
(5) Tit. Liv. VIII, 35.
(6) Cic. *Pro. Mil.* 6.

ellos (1). Eran nombrados por la plebe reunida por tribus (2), y se renovaban anualmente. El carácter osado y turbulento de algunos de los que ejercian este cargo que vino á convertirse en una magistratura (3), la debilidad del senado, las indebidas pretensiones de los patricios, los vicios de la administracion civil y judicial, y la justicia de la causa del pueblo, dieron á los tribunos una influencia grande y á las veces formidable y desastrosa. Las proposiciones que sometian á sus electores y que estos aprobaban, mas que votos, puede decirse que eran mandatos: veremos mas adelante que llegaron á ser leyes.

A esta época, pues, debe referirse la celebracion de los primeros comicios tributos, ó reunidos por tribus (4), denominados tambien *concilia*, tercera clase de asamblea popular, en que ni prevalece la aristocracia de raza como en los curiados, ni la de la riqueza como en los centuriados, sino que domina la plebe, ó bien porque concurre sola á ellos, ó bien porque absorbe por su número los votos de los que no son de su órden (5). Sin consultar á los agüeros, y de consiguiente sin intervencion prévia de los patricios, que eran aun los que ejercian las magistraturas religiosas, son convocados y presididos por los tribunos, y tienen al principio por objeto tratar de los intereses políticos de su clase. Veremos mas adelante que cuando llegan á tener autoridad legislativa contribuyen mucho á la perfeccion del derecho privado; sus acuerdos se llaman *plebiscitos*.

Pero la mas grande conquista que hicieron los plebeyos

(1) Tit. Liv. II, 44; IV, 35.
(2) Pomponio, § 20 de la ley 2.ª, tit II, lib. I del *Dig.*
(3) Tit. Liv. IV, 2
(4) No son estas las tres primitivas tribus en que se supone dividido el pueblo romano. Servio Tulio dividió la ciudad en cuatro tribus, no atendiendo al orígen sino al sitio en que vivian los que las formaban, y en quince al territorio romano (Dion. Halic. IV, 14 y 15). De aquí viene la diferencia de tribus urbanas y rústicas. En el año 258 el número de las tribus era el de veinte y uno (Tit. Liv. II, 25). Aumentóse este despues sucesivamente con el incremento de la poblacion hasta el número de treinta y cinco (Tit. Liv. XXIII, 13), el cual continuó hasta el fin de la república (Ibid. I,43).
(5) Ortolan.

en la lucha incesante en que estaban empeñados contra los patricios, fué la formacion de las famosas leyes de las Doce Tablas: de ellas hablaremos al tratar de los orígenes del Derecho en el período que recorremos.

Además de las magistraturas, de que ya hemos hecho mencion, corresponde á esta parte de la historia la creacion de los cuestores y de los ediles plebeyos.

No están acordes los escritores antiguos acerca del tiempo en que fué creada la cuestura. Algunos dan á esta magistratura tanta antigüedad como á la ciudad misma (1), y suponen que su eleccion era hecha por los reyes (2) y despues por los cónsules, hasta que en el año 307 empezó á elegirlos el pueblo en los comicios tributos (3). Otros dicen que despues de la expulsion de los Tarquinos, Valerio Publícola propuso y obtuvo una ley estableciendo dos cuestores del órden patricio elegidos por el pueblo (4). Su principal atribucion era la direccion y el cuidado del Tesoro público, que estaba depositado en el templo de Saturno (5), en el que tambien custodiaban los estandartes militares para entregarlos á los cónsules al marchar á alguna expedicion (6). Esta dignidad, que se puede decir que era el primer paso para las otras (7), tenía bajo su vigilancia el cuidado de los archivos del Estado.

Pertenecen tambien á este período los llamados *quæstores parricidii*. La ley Valeria propuesta por el cónsul Valerio Publícola (año 244) prohibiendo que un solo magistrado privase á un ciudadano de la vida, de la libertad ó de la ciudadania, arrancó las segures de las fasces que llevaban los lictores que precedian á los cónsules, y trasladó á los comicios curiados el conocimiento de los asuntos criminales, dando al mismo tiempo el derecho de apelar al pueblo de las providencias de

(1) Adan.
(2) Tác. *Annal.* XI, 22.
(3) Cic. *Jan.* VI, 30.
(4) Plutarch *In Poplic.*; Dion. Halic. V, 34.
(5) Plutarch. *Quæst. rom.* 40; Suet. *Claud.* 24.
(6) Tit. Liv. III, 69.
(7) Cic. *In ver.* I, 4.

los magistrados (1). Los comicios solian delegar esta atribucion en algunos ciudadanos que dirigieran los procedimientos y pronunciaran el juicio en nombre del pueblo (2). A estos magistrados se les daba el nombre de *quæstores parricidii*, porque estaban encargados de la investigacion del delito en virtud del que uno de los ciudadanos debia dejar de estar en el número de sus iguales, siendo la palabra *parricidium* en este caso derivada de las *paris-scidium*, no de las *patris-scidium*, como algunos han supuesto equivocadamente.

Entre las ventajas que el pueblo obtuvo, debemos contar la de la creacion de los ediles plebeyos, auxiliares de los tribunos, que estaban encargados de la inspeccion de los mercados, de la exactitud de pesos y medidas y de la policía de las calles (3).

Estos eran los magistrados ordinarios: hubo además otros extraordinarios: el interrex y los decenviros.

El interrex desempeñaba el poder supremo en las vacantes, y era relevado cada cinco dias: los senadores turnaban en este cargo en tiempo de la monarquía (4) y despues de su supresion, siempre que por desavenencia entre los magistrados, por interposicion de los tribunos de la plebe ó por otra causa no se hacian oportunamente las elecciones de los cónsules hasta que tenian lugar, pues que entonces el interrex cesaba en su cometido (5).

Los decenviros, creados *ad leges scribendas*, fueron, como expondremos, los autores de las leyes de las Doce Tablas.

Terminaremos la reseña que hemos hecho de la historia política de este primer período, manifestando que aunque en Roma no habia una casta sacerdotal, sin embargo la religion era uno de los principales resortes de su gobierno; á su cabeza están los pontífices presididos por el pontífice máximo,

(1) Tít. Liv. II, 8.
(2) Pompon. §. 23, ley 2.ª, tít. II, lib. I del *Dig.*
(3) Id. §. 21, ley 2.ª, tít. II, lib. I del *Dig.*
(4) Tít. Liv. I, 17.
(5) Cic. *Pro domo*. 14.

magistrado de grande autoridad y poder, que escribe los anales del pueblo, dispone acerca del derecho de sepulturas, señala los dias fastos y nefastos*, arregla el calendario, tiene una gran intervencion en los testamentos y en las arrogaciones, y es legislador en las cosas sagradas (*juris divini conditor*). Además de los pontífices existen los augures encargados de consultar los auspicios que preceden á la celebracion de algunos actos públicos; los feciales á que se confian las relaciones internacionales con los demás pueblos; y los flamines y vestales, que, como veremos, dan causa á algunas disposiciones especiales de derecho civil (1).

§ II.

ORÍGENES DEL DERECHO.

La misma oscuridad en que está envuelta la historia política de los primeros tiempos de Roma es extensiva á los orígenes de su derecho: los documentos históricos que se refieren á las leyes de la monarquía no pueden ser de gran peso para los que ponen en tela de juicio su existencia. Esta suerte cabe á la coleccion comprensiva de las leyes del tiempo de los reyes, compilada por el pontífice máximo Sexto, ó Publio Papirio en el reinado del último Tarquino, si se ha de dar fé á Dionisio de Halicarnaso y al jurisconsulto Pomponio (2). Diósele, segun se dice, el nombre de *Derecho Civil Papiriano* y de *Ley Papiria*, no porque Papirio añadiese nada propio, sino porque ordenó las leyes que antes estaban esparcidas. De creer es que se limitaria este trabajo á las leyes relativas al culto, viniendo á ser un libro de ritos destinado á los sacerdotes, obra que comentó Granio Flaco en tiempos de Julio César (3). Hoy no existen mas que algunas referen-

(1) Pueden verse acerca de estos funcionarios de la religion las obras de Beaufort, de Creucer y de Adan.
(2) §. 2, ley 2.ª, tit. II, lib. I del *Dig*.
(3) Gluck, Mackeldey, Hugo, Sala.

cias de las leyes que formaban esta coleccion: los fragmentos que formulados concisa y preceptivamente y escritos en una lengua que se supone ser la osca, se presentan por algunos como restos del libro Papiriano, son apócrifos (1), y se fundan solo en indicaciones vagas de autores antiguos, que hablan del sentido de algunas de las leyes atribuidas á los reyes (2). Todas ellas, segun nos dice Pomponio, fueron abolidas por la tribunicia despues de la extincion de la monarquía, volviendo el pueblo á guiarse mas bien por costumbres que por leyes hasta la publicacion de las Doce Tablas (3). De creer es, atendida la veneracion que algunos de los vestigios de las leyes reales merecieron despues á los romanos (4), que parte de ellas habrian seguido rigiendo como costumbres por su conformidad á los usos y opiniones recibidas (5).

Pero las leyes que pueden ser consideradas como la primitiva fuente del Derecho Romano son las de las Doce Tablas. Su formacion fué debida á la pugna empeñada entre el principio aristocrático y el popular, en que el último sucesiva aunque lentamente iba ganando terreno; no á la insuficiencia de las leyes ni á la necesidad de un código, al menos en el sentido que hoy damos á esta palabra (6). Los plebeyos pretendian que la ley fuera igual para todos, que cesaran los privilegios de las castas, y que la justicia dejara de ser un arcano impenetrable á la mayoría (7): oponíales el senado una obstinada resistencia: diez años duró la lucha, al cabo de los cuales se convino en nombrar comisionados encargados de examinar las leyes que mas pudieran convenir á la república.

Los historiadores dicen que en el año 300 de la fundacion

(1) Los ensayos de esta clase hechos por Orsini, Scalígero y Terrason no están conformes con la verdad histórica.
(2) Cujas.
(3) §. 3, ley 2.ª, tít. II, lib. I del *Dig.*
(4) Cic., *De rep.*, II, 14.
(5) Berrat Saint Prix.
(6) Hugo.
(7) Tit. Liv. III, 31; Dion. Halic. X.

de Roma fueron á Grecia comisionados tres patricios para enterarse de las leyes de un pais tan ilustrado entonces (1), que despues de su regreso, verificado en el año siguiente, nombró el pueblo reunido por centurias diez magistrados con el nombre de decenviros, revistiéndolos de una autoridad absoluta, haciendo cesar á todos los demás, inclusos los tribunos de la plebe, despojándose el mismo pueblo del derecho de juzgar las causas capitales, y dándoles el encargo de la formacion de las apetecidas leyes (2). Un desterrado de Éfeso llamado Hermodoro, á quien despues Roma elevó una estátua, los auxilió en sus tareas, interpretando las leyes que habian traido de la Grecia (3). Los decenviros presentaron las leyes en diez tablas, que recibidas con general aplauso fueron aprobadas en los comicios centuriados. Pasado el año y faltando aun dos tablas nombraron nuevos decenviros, á cuya cabeza estaba Apio Claudio: entre ellos habia algunos plebeyos. Reteniendo estos mas allá del tiempo legítimo su autoridad y habiendo provocado con un atentado escandaloso la indignacion del pueblo, este de nuevo restauró el antiguo gobierno y restableció la libertad. Las dos tablas, aunque llenas de desigualdades (4) y no confirmadas en los comicios, se agregaron á las anteriores, y grabadas todas en bronce y expuestas al pueblo, se observaron como leyes (5).

La tradicion que antecede pasó sin contradiccion hasta principios del último siglo: en él empezó á ser combatida por Vico. Este profundo escritor demuestra con los fragmentos de las Doce Tablas, que nada hay en ellas de importacion extranjera: su opinion tiene muchos y esclarecidos partidarios (6), que han aducido en su apoyo argumentos de mucha fuerza, que nos deciden á seguirlos. Mas aunque conviniéramos en

(1) Tit. Liv. III, 3.
(2) Id. III, 32 y 33.
(3) Cic. Tusc. V, 36.
(4) Cic. *De rep.* II, 37.
(5) Tit. Liv. III. 31 y sig. Dion. Halic. X.
(6) Entre los que siguen la opinion de Vico, debemos hacer mencion especial de Gibbon, Bonamy, Niebhur, Macieiowsky y Falck.

que podia haber verdad histórica en la legacion á Grecia, lo que encuentra una esplicacion natural en el interés que los patricios tenian en dar treguas á las justas reclamaciones de la plebe (1), tendriamos que decir que las leyes de las Doce Tablas eran solo la reduccion á precepto escrito de las antiguas máximas del Derecho que venian respetadas como costumbres, introduciendo en ellas algunas modificaciones. El objeto de las pretensiones de los plebeyos no habia sido un cambio de legislacion; sino que terminara su incertidumbre, que desapareciese su secreto, y que la ley fuera igual para todos, cesando la diferencia de derechos por razon de la diversidad de las castas. Así es que las leyes de las Doce Tablas pueden considerarse como una capitulacion entre los dos órdenes, y una tregua que daban á las fatales disensiones que la historia de la república nos presenta tan frecuentemente.

Las leyes de las Doce Tablas fueron tenidas como la fuente del derecho público y privado de los romanos (2) y como las que mas habian consultado al principio de la igualdad legal (3). Ciceron en un arrebato oratorio (4) las hace superiores á todas las bibliotecas de los filósofos. Concisas, imperativas y á las veces incomprensibles para nosotros, respiran el carácter de rudeza y de barbarie del siglo en que se escribieron, y son un reflejo exacto del estado poco avanzado de la civilizacion de su época.

Las Doce Tablas no han llegado hasta nosotros; los fragmentos que de ellas poseemos no tienen un carácter original de autenticidad, sino que están extractados de autores mas ó menos fidedignos, y que con mayor ó menor exactitud, ó se refieren á ellas, ó las trascriben. Su importancia ha sido objeto de grandes trabajos para tratar de restaurarlas: Jacobo Godefroy (Gothofredus) en el siglo XVII hizo en este sentido un importante servicio á la ciencia: su restitucion ha sido por

(1) Giraud.
(2) Tit. Liv. III, 4.
(3) Tác. *Annal.* III, 27.
(4) *De orat.*, I. 43.

el espacio de dos siglos la universalmente adoptada por los jurisconsultos; mas despues del descubrimiento de textos antes desconocidos, ha sido sometida á una prueba crítica, concienzuda y severa; de aquí vienen los nuevos esfuerzos hechos en el presente siglo para su restauracion por Haubold, por Dirksen y Gell, y últimamente por Ortolan.

§. III.

ESTADO DEL DERECHO AL FIN DEL PRIMER PERÍODO (1).

El derecho en este primer período tiene un carácter exclusivo y sombrio, que irá desapareciendo conforme Roma estienda sus conqnistas y su comercio con los extranjeros. Limitado casi solo á los ciudadanos romanos, apenas deja percibir relaciones que los unan con los demás hombres, y solo confusamente se ve el gérmen de las divisiones que despues aparecen respecto á los pueblos aliados y á los sometidos.

El derecho de propiedad es la base de la constitucion de la familia. El jefe de la sociedad doméstica es dueño de las personas, como lo es de las cosas que corresponden á los que las componen; no son los vínculos naturales de la sangre, sino los de la ley y los de la propiedad los que fijan las relaciones entre sus miembros: la agnacion, esto es, el parentesco civil, se sobrepone á los estrechos lazos de la naturaleza. La mujer nunca es dueña de sí misma; cuando no está en potestad paterna, queda sujeta á una tutela perpétua, y solo sale de ella para entrar en poder del marido (*convenire in manum viri*), ó con una fórmula patricia y sacerdotal (*per confarreationem*), ó por una venta imaginaria (*per coemptionem*), ó por una

(1) Al hablar del estado del derecho civil en cada uno de los períodos en que dividimos la historia, omitimos hacer citas de las leyes en que nos apoyamos, porque las doctrinas, que aquí presentamos en bosquejo, están tratadas con mayor extension al tratar de las instituciones de las diferentes materias á que se refieren.

prescripcion simbólica (*per usum*): de cualquiera de estos modos vienen á ser hija de familia respecto de su marido; pero el matrimonio no puede confundir las razas patricia y plebeya, que en cierto modo vienen á ser dos diferentes naciones que habitan un mismo pueblo.

El padre ejerce una autoridad absoluta en la sociedad doméstica: resumiendo la personalidad de todos sus súbditos, es, digámoslo así, la única persona de la familia: el hijo no es para él de mejor condicion que el esclavo: el padre puede venderlo, entregarlo en noxa y aun matarlo; y su autoridad respecto á los varones es tan fuerte, que requiere tres ventas y otras tantas manumisiones para quedar disuelta. La constitucion, pues, de la familia se separa de los principios naturales y de las costumbres de los demás pueblos; es puramente romana.

Este poder del jefe de familia sobre sus hijos y el que tiene en los esclavos se llama *potestas*, palabra que revela toda la estension de los derechos que comprende, así como se denomina *manus* al que ejerce sobre su mujer que entra en potestad y se hace hija de familia.

Además de los hijos y de los esclavos, hay otros sometidos á la autoridad del jefe de familia: estos son los hombres que, aunque libres en el órden político, están en una especie de servidumbre, que si bien no perjudica á la ingenuidad de su orígen, los sujeta al albedrío ajeno: tales son los hijos vendidos por sus padres (*mancipati*), los adjudicados en pago de sus deudas á los acreedores por el magistrado (*addicti*), y los que se han constituido en servidumbre por tiempo determinado para pagar sus deudas (*nexi*). Esta potestad se llama *mancipium*.

Pero no son solo estas las relaciones domésticas que conocen los romanos en la época de que hablamos: personas hay que no están en poder del jefe de la familia, y sin embargo tienen una especie de dependencia de él: tales son los esclavos manumitidos y los clientes. Mas difícil es fijar el

verdadero carácter de los llamados *gentiles*, denominacion que si bien comunmente se aplica á los que son del mismo nombre, parece que en el sentido jurídico se limita á los descendientes del manumisor, que son llamados á la sucesion legítima y á la tutela de la posteridad del manumitido.

La propiedad *(mancipium, dominium quiritarium)* está basada en principios tan exclusivos como los de la familia. Representada por la lanza, símbolo de fuerza y de violencia, tiene un carácter especial, político y civil á la vez, que excluye de su participacion al que no es romano, y requiere para su trasmision ritos solemnes y dramáticos, en que vienen á reflejarse las ideas nacionales dominantes.

El hijo de familia en vida de su padre es una especie de condueño, y en este concepto *(suus hæres)* entra á sucederle: los agnados, esto es, parientes segun el vínculo civil, y los gentiles en su defecto, vienen á ocupar su vacante. Todos los que son llamados con un mismo título son admitidos igualmente á la sucesion; ni la primogenitura, ni el sexo dan preferencia, principio que el sentimiento de justicia hace prevalecer sobre los intereses de la casta aristocrática. Las leyes de las Doce Tablas, dando al jefe de la familia la facultad ilimitada de testar, introducen en el antiguo derecho una notable modificacion poco favorable al principio de la conservacion de los diferentes órdenes del Estado, y que puede por lo tanto considerarse como una concesion obtenida por los plebeyos. El testamento se hace ante una asamblea especial del pueblo *(in calatis comitiis)*, ante el ejército armado *(in procinctu)*, ó por un rito simbólico de venta *(per æs et libram)*.

Las obligaciones, palabra no conocida aun en este primer periodo y representada por la voz *nexus*, dimanan ó de la voluntad, ó del delito. Para que las primeras produzcan efecto civil, es menester que estén celebradas con formas solemnes. Las consecuencias de estas obligaciones son inflexibles: á pesar de que las Doce Tablas en gran parte debieron su origen á las injustas demasias de los acreedores, y que por

lo tanto es de creer que moderaron el rigor de las antiguas costumbres, no podemos leerlas sin estremecernos. Segun ellas, el acreedor despues de obtenido un juicio favorable debe dar al deudor la tregua de treinta dias para realizar su pago; si no lo hace, puede echarle la mano *(manus injectio)*, y llevarlo delante del magistrado para que presente en su lugar otro deudor que ofrezca mas garantias *(vindex)*. Cuando el deudor no halla quien lo reemplace, puede su acreedor llevárselo á su casa, ponerle prisiones que no escedan de quince libras, estando obligado á darle para su alimento al menos una libra de harina cada dia si el deudor no quiere vivir por su propia cuenta: dos meses dura su cautiverio, durante los cuales el acreedor le tiene que sacar tres veces al mercado público proclamando la suma por que está detenido, con el objeto de escitar la compasion de sus amigos, de sus parientes ó de otras personas piadósas para que le liberten de la suerte desgraciada que le espera. Pasado este término sin que el deudor sea rescatado, puede su acreedor darle la muerte ó venderlo en el otro lado del Tiber al extranjero, para que la ciudad quede libre de su presencia; pero si son varios los acreedores, pueden dividir entre si los pedazos del deudor. Quisiéramos al hablar de esta atroz disposicion encontrar términos hábiles para adherirnos á la oponion de algunos escritores modernos, que le han dado un sentido metafórico suponiendo que alude á la division de la fortuna, no á la del cuerpo del deudor; pero la autoridad de los respetables nombres de Aulio Gelio (1), de Quintiliano (2) y de Tertuliano (3), nos impide poder quitar esta página de oprobio en la historia del Derecho Romano.

Las formas del enjuiciamiento son sencillas y groseras: si el demandado se niega á seguir al demandante para comparecer delante del magistrado, puede el demandante tomar tes-

(1) XX, 1.
(2) *Inst. orat.* III, 6.
(3) *Apologet.* IV.

tigos, detenerlo y echarle la mano si trata de huir: la justicia se administra en la plaza pública. Aparece ya en esta época la importante diferencia de *jus y judicium* y la de magistrados y jueces. El magistrado, encargado de administrar justicia *(jus dicere)*, y revestido de autoridad pública *(imperium)* para llevar á efecto sus determinaciones, es el que preside en los ritos solemnes que median en las demandas; y cuando por si mismo no termina el juicio, remite á los litigantes á un juez que, arreglándose á los poderes que les confiere, pronuncia la sentencia; las fórmulas que pasan ante el magistrado se llaman *jus*, *in jure*: las actuaciones ante el juez *judicium*, *in judicio*.

Por último, la penalidad nos presenta toda la rudeza de los pueblos que se hallan en la infancia: el interés individual prevalece sobre el público en la represion de los delitos: las penas pecuniarias á favor del perjudicado, el talion, el castigo de ser despeñado de la roca Tarpeya, el fuego, la consagracion de una persona á los dioses infernales y otras penas semejantes, manifiestan, no menos que su desproporcion con las faltas que castigan, la ferocidad de la época en que se dictaron.

§. IV.

CULTURA DEL DERECHO.

En la infancia de un pueblo, como dice Holcio, el derecho no puede tener un carácter científico, pues no hay arte, ni libros, ni jurisconsultos: sin embargo de esto, con arreglo al estado de su civilizacion, hay fórmulas y solemnidades establecidas por el consentimiento general, segun las cuales se rigen los negocios. Estas fórmulas se manifiestan por actos exteriores y por símbolos, hasta que requiriendo mayor precision las ideas, cesan las imágenes y se escribe el Derecho. Así sucedió en Roma: la ciencia del Derecho en el periodo

que hemos referido no tenia existencia propia, sino que formaba una parte de los conocimientos que en tan ruda edad constituian el saber humano. Estos conocimientos eran peculiares á los patricios, que estaban en el caso de adquirirlos ya por la considerable fortuna que poseian, ya por ser los solos que monopolizaban la administracion de justicia, y ya finalmente por tener en su órden á los pontífices que debian ser consultados en todos los casos graves: de aquí provenia que el Derecho y la religion estuvieran estrechamente ligados entre sí. Solo nos quedan los nombres de Papirio y Apio Cláudio como los jurisconsultos notables de esta primera edad, aunque difícilmente se les puede dar tal nombre, cuando el Derecho estaba aun despojado del carácter científico que despues llegó á tener.

SEGUNDO PERIODO.

Desde la publicacion de las Doce Tablas hasta Ciceron.

Años de la fundacion de Roma: 300 á 650.—Años antes de la era cristiana: 400 á 100.

§ I.

RESEÑA DE LA HISTORIA POLÍTICA.

ALGUNOS de los sucesos políticos del período, de que vamos á tratar, tuvieron una grande influencia en el Derecho: tales fueron principalmente la lucha entre los patricios y plebeyos, la extension de la dominacion romana y la condicion mísera del pueblo.

Las ventajas que la plebe hasta aquí habia conseguido no eran suficientes para satisfacer sus justas exigencias; estas naturalmente debian aumentarse en proporcion del buen éxito que obtenian. Así es que despues de la ley de las Doce Tablas vemos empeñarse, aun mas obstinadamente que antes, la lucha que sostenia con los patricios. A estas disensiones debieron su orígen las leyes Valeria Horacia, Publilia, Hortensia y Canuleya, y la creacion de los tribunos militares.

La ley Valeria Horacia (año 305) por primera vez declaró obligatorios los plebiscitos (*ut quod tributim populus jussisset populum teneret*): los patricios quisieron eludirla, pretendiendo que su raza no estaba comprendida bajo la palabra *populus*; el dictador Publilio (año 416), para evitar las querellas que esta interpretacion habia suscitado, presentó y obtuvo la aprobacion de una ley que establecia que los plebiscitos obli-

garan á todos los ciudadanos (*ut plebiscita omnes Quirites tenerent*). A pesar de ella continuó disputándose la fuerza de la autoridad de los plebiscitos, hasta que se publicó en la dictadura de Hortensio (año 468) otra ley que puso por fin un término á cuestion tan debatida (1). Si hemos de dar crédito á Teófilo, la misma ley Hortensia dió fuerza legislativa á los senado-consultos, que antes eran proyectos de ley ó resoluciones del senado acerca de las cosas que estaban confiadas á su direccion: tenemos, pues, en esta época dos nuevos orígenes de Derecho: los *plebiscitos* y los *senado-consultos.*

No fué de menor interés para el principio democrático la aprobacion del plebiscito conocido con el nombre de ley Canuleya (año 309), que derogaba la prohibicion del matrimonio entre patricios y plebeyos (2). Esta fué una de las causas que mas contribuyeron á hacer desaparecer la diferencia que existia entre las castas, debilitada ya por la decadencia progresiva de las familias patricias, debida mas que á la falta del derecho de primogenitura, á la disolucion de las costumbres, á la frecuencia de las guerras y á la aversion que tenian los patricios de prohijar á individuos del órden plebeyo, recurso que la ley les franqueaba para neutralizar los efectos de la sucesiva extincion de su raza (3).

Hugo observa con razon que el carácter de los romanos no los llevaba á revoluciones repentinas, y que por lo tanto es menester mas bien señalar siglos que años á la duracion de las diversas formas de su constitucion política. Esto se observa principalmente en la admision de los plebeyos al ejercicio de las magistraturas de la república. Su acceso al consulado es lento y progresivo: cuando los patricios no pueden resistir las exigencias de la plebe, prefieren extinguir la dignidad consular á hacer partícipes del nombre de cónsules á los que no son de su órden, y ponen al frente de la adminis-

(1) Plin. *Hist. nat.* XVI, 10.
(2) Floro. I, 25.
(3) Hugo, Giraud.

tracion de la república unos magistrados con la denominacion de tribunos militares, *tribuni militum consulari potestate* (año 310). A esta magistratura son admitidos los patricios y plebeyos, y frecuentemente por mitad de su número: este no es siempre igual en los diferentes años en que se crean (1). Roma presenta entonces por espacio de mas de setenta años el singular espectáculo de nombrar ya cónsules, ya tribunos militares con arreglo á la superioridad de influencia de los diferentes órdenes, y aun á las exigencias públicas, hasta que en el año 387 queda definitivamente subsistente el consulado y admitidos los plebeyos al ejercicio de sus funciones. Esta participacion que la plebe obtiene, primero en el supremo poder, y despues en el consulado, da origen á dos nuevas magistraturas: la censura y la pretura.

El censo habia estado confiado á los reyes, y despues á los cónsules; cuando el tribunado militar resumió la potestad suprema, los patricios, como si fuera una indemnizacion, obtuvieron que se encargasen de su formacion dos censores (2) que pertenecieran al órden senatorio. Ninguno podia ejercer este cargo mas de una vez; la renovacion de los que le obtenian se hacia cada cinco años *(lustrum)*, por cuyo tiempo duraban al principio los electos en sus funciones, que despues por una ley se limitaron á año y medio (3). Esta magistratura, que vino á ser aun mas honorifica que la dignidad consular, y que se consideraba el término de todos los honores, como dice Plutarco *(omnium honorum apex)*, fué del mayor interés en el órden político y en el moral de la ciudad: en el órden político por el cargo que tenian de fijar á cada ciudadano la clase, tribu y curia á que debia pertenecer, y de inscribir, ya en el rango de los caballeros, ya en el de los senadores, á los ciudadanos; en el órden moral porque eran los custodios de las costumbres públicas, y con sus notas in-

(1) Dion. Halic. XI, 60; Tit. Liv. IV, 6, 16, 25, 31, 35, 42, 44, 56; V, 1, 1213 y VI, 30.
(2) Varron. *De lat. ling.* IV, 14.
(3) Tit. Liv. IV, 24; IX, 33.

famantes y con las degradaciones que hacian trasladando á los ciudadanos inmorigerados de un órden á otro y de las tribus superiores á las inferiores, ejercian una autoridad protectora de la moral pública. Por espacio de cerca de un siglo estuvo vinculada esta magistratura en el órden patricio; pero al fin fué tambien invadida por los plebeyos, año 404 (1), suerte que cupo á todas las dignidades de la república. A los censores correspondia el cuidado de la construccion y reparacion de los edificios públicos (2), y de los caminos, puentes, acueductos y calles (3).

Pero mas interesante es aun para nosotros la institucion de los pretores, porque tuvieron una influencia mas directa é inmediata en el Derecho, y dieron lugar á otro de sus orígenes, de que hablaremos. Admitidos, como hemos dicho, los plebeyos á la participacion de la dignidad consular, el órden patricio conservó aun el privilegio de ser el que administrara la justicia por la creacion de la pretura. Un solo pretor hubo primitivamente nombrado por las centurias con las mismas formalidades y bajo los mismos auspicios que los cónsules (4), de que se reputaba colega, y á los que suplia en Roma cuando salian mandando los ejércitos. Las necesidades sucesivas hicieron aumentar extraordinariamente el número de los pretores, y dieron una grande extension á sus funciones, como expondremos oportunamente. Desde el año 418 aspiraron tambien los plebeyos á esta magistratura (5).

Coetánea con la pretura (año 387) es la creacion de los édiles curules, magistrados sacados al principio del órden patricio (6), y despues alternativamente de una y otra clase (7). Sus funciones, desmembradas de las del consulado, como lo habian sido las del pretor, eran análogas á las que

(1) Tit. Liv. VII, 22.
(2) Id. IV, 22; XI, 51; XLII, 3; XLV, 15.
(3) Id. IX, 29, 43; XLI, 17.
(4) Id. VIII, 32.
(5) Id. VIII, 15.
(6) Id. VI, 42.
(7) Id. VII, 1; Gell, VI, 9.

tenian los ediles plebeyos, si bien en esfera mas alta, pues, que les estaba confiada la policía superior (1), al paso que estos tenian la subalterna. Correspondíales la vigilancia y la reparacion de los caminos públicos y de los puentes, la conservacion de los templos y de los anfiteatros, la policia de subsis tencias, la de tranquilidad y órden público, la direccion de los espectáculos, la limitacion de los gastos en los funerales (2), la cohibicion de las usuras (3) la expulsion de las mujeres públicas (4), y la policía religiosa (5) y moral (6).

Por último, el pontificado, los misterios y las funciones sacerdotales siguieron las vicisitudes que las magistraturas y las instituciones políticas y civiles: dejando de pertenecer exclusivamente á los patricios, perdieron su influencia primitiva. Así vinieron á caer en desuso las prácticas religiosas que se referian á la constitucion política y á la organizacion civil de Estado (7).

Con la decadencia del patriciado coincide la elevacion de órden de caballeros romanos *(equites)* notable por su riqueza y por su influencia durante la república. Constituidos entre el senado y plebe, ya favorecen la ambicion del primero, ya las pretensiones de la muchedumbre; gozan de ventajas y privilegios honoríficos, y tienen mas expedito el camino de aumentar su fortuna que los senadores, que no podian ser recaudadores de los tributos *(publicani)*.

La grande y rápida extension que adquiere Roma en este período tiene no menos influencia en su derecho civil que la contínua lucha en que interiormente se agitan sus ciudadanos. Del estado miserable en que queda despues de la invasion de los galos y del incendio de la ciudad á mitad del siglo v, se levanta con tanta energía, que al fin del siguiente

(1) Cic. *De leg.* III, 3.
(2) Id. *Philip.* IX, 7.
(3) Tit. Liv. X, 37.
(4) Tácit. *Ann.* II, 85.
(5) Tit. Liv. IV, 30.
(6) Gell, X, 6.
(7) Cic. *De nat. Deor.* IV, 16.

llega ya á dominar á la Italia por la fuerza de las armas. La guerra látina originada por la desigualdad de derechos, terminada gloriosamente por los romanos (año 416), las rebeliones de algunas ciudades de Italia hasta el año 486, á que debia seguir la guerra social en el siglo VII (año 666), introducen en el Derecho civil diferencias interesantes.

Este engrandecimiento sucesivo de la república da lugar á la creacion de una nueva magistratura, la del *Prætor peregrinus*, en oposicion á la de *Prætor urbanus*, con que se designó al antiguo pretor, instituida segun la opinion general en el año 510 de la fundacion de Roma. Extendiéndose la jurisdiccion del pretor peregrino á administrar justicia á los extranjeros (1), fué de la mayor importancia, porque hizo que los romanos fijasen sus ideas acerca de los principios de Derecho que eran comunes á lo pueblos civilizados: asi, al lado del Derecho riguroso y exclusivo peculiar de los romanos *(jus civile)*, se colocó otro universal basado en las relaciones jurídicas que la razon aconseja á todos los hombres *(jus gentium)*, y el Derecho Romano se preparó á adquirir ese carácter de universalidad que lo ha hecho sobrevivir á la ruina del imperio.

En el siglo VI extienden los romanos su dominacion fuera de la Italia: los paises que subyugan no participan del poder soberano: el principio de la representacion hubiera sido el medio de dar esta participacion á pueblos lejanos, pero era del todo desconocido entre los antiguos. La nacion conquistada ó el conjunto de pueblos sometidos á las armas romanas constituye una *provincia*. Para su organizacion envian á uno ó á diferentes comisionados; y despues nombran un magistrado para que la gobierne. Corriendo el tiempo, la experiencia enseñó que era preferible encargar el gobierno de las provincias á los magistrados que habian cesado en las funciones del consulado y de la pretura, con el nombre de *procónsules*, ó

(1) Pomp. §. 28, ley 2.ª, tít. II, lib. I del *Dig.*

propretores: por este medio, al mismo tiempo que se facilitaba el acierto y se atendia al hábito de gobernar, se limitaba el círculo de los elegibles y la demasiada concurrencia de ambiciones. No fué este suficiente freno para contener los estímulos de la ambicion, ni los de la avaricia: los candidatos, que veian en su eleccion un medio seguro de hacer considerable y rápida fortuna, compraban los votos de los electores, y calculaban anticipadamente las sumas que necesitarian, en el caso de ser juzgados por su mala administracion, para corromper á los acusadores, á los testigos y á los jueces. Estos administradores, á cuyas funciones estaban anejas las que en Roma desempeñaban los pretores y los ediles, tienen un lugar muy importante en la historia del Derecho Romano. Diferente era á las veces la consideracion de las poblaciones de una misma provincia: algunas pagaban tributos; otras eran municipios que no satisfacian impuestos; otras eran gobernadas por prefectos enviados desde Roma, y algunas eran colonias romanas, latinas ó italianas. Esta diversidad de orígenes y de privilegios introducia diferencias esenciales en la forma de su gobierno y en la condicion jurídica de sus habitantes.

Mas ni la consideracion política que habian conseguido los plebeyos, ni la facilidad con que algunos de ellos se habian ilustrado, merced á las guerras y á su entrada en las magistraturas, ni el acrecentamiento de la república en poder y en riquezas, hubieran mejorado la condicion privada del pueblo, á no ser que este hubiera obtenido leyes que sin distincion procuraran á todos los ciudadanos una parte de los beneficios que las conquistas debian proporcionarles. A esta clase pertenecen las leyes agrarias, las que fijan el sueldo y prerogativas de los que militan, las que se refieren á la distribucion de granos, las que abolen la obligacion que tenian los particulares de reparar á sus espensas los caminos públicos, y por último las que suprimen los impuestos repartidos antes con arreglo al censo.

Respecto á las magistraturas de este período, debemos hacer aun algunas indicaciones. En el último siglo no se acudió al remedio de la creacion de un dictador: en su lugar, en los momentos críticos el senado revestia á los cónsules de un poder absoluto, declarando que la pátria estaba en peligro (*videant consules ne quid detrimenti capiat res publica*).

Además de las magistraturas referidas, hay otras peculiares á las poblaciones, que si bien sujetas á Roma, tenian su gobierno municipal (*oppida, municipia, coloniæ, præfecturæ, foro, vici, conciliabula, castella*). Sus autoridades se denominaban *Duumviri, Quatuorviri, Præfectus, Ædiles, Dictator*, y el consejo municipal *Ordo*.

§. II.

ORÍGENES DEL DERECHO.

De dos fuentes dimana el Derecho en el período de que tratamos: del precepto positivo y del no promulgado. Corresponden á la clase de preceptos positivos los plebiscitos y los senado-consultos.

Las leyes, único orígen del derecho positivo en el primer período, y que al fin de él eran, como hemos dicho, los decretos del pueblo romano votados y adoptados en los comicios por centurias á propuesta de un magistrado que presidia el senado (1), continuaron en este segundo período (2). Pero desde que los plebicistos obtuvieron fuerza obligatoria puede decirse que casi el esclusivo objeto de las leyes fué regular los intereses del órden público, cuidándoso poco del civil y del privado. Toda proposicion de ley se publicaba por el espacio al menos de diez y siete dias, y los votos se daban por escrito y en escrutinio con arreglo á la ley Tabellaria.

(1) §. 4, tít. II, lib. I de las *Inst*. de Just.
(2) Acerca del modo de formarse las leyes, puede consultarse á Heinecio. *Ant. rom*. lib. I, tít. II, §§. 1 hasta el XIV.

Los plebiscitos, que eran los decretos de la plebe votados á propuesta de uno de sus tribunos (1), vinieron por el contrario á ser la principal fuente del derecho civil positivo, y no diferenciándose en los efectos de las leyes, llegaron á confundirse con ellas y á llevar su nombre. En las asambleas de la plebe la preponderancia era de las tribus rústicas, pues eran treinta y una, al mismo tiempo que solo eran cuatro las urbanas compuestas originariamente de los que no poseian bienes inmuebles, y que llegaron á tener un número desproporcionado de ciudadanos. En ellas se introdujo tambien la votacion secreta.

Los senado-consultos eran las decisiones que el senado tomaba sin participacion del pueblo ni de la plebe (2). La autoridad de esta corporacion, tan fuerte en los primeros dias de la república, sufrió grande menoscabo despues; pero siempre tuvo la direccion política y administrativa de los negocios públicos, acerca de los cuales adoptaba cuantas medidas reglamentarias juzgaba convenientes: en esto hállase acorde la opinion de los autores. No sucede lo mismo respecto á la fijacion de la época en que sus acuerdos en los puntos de derecho privado tuvieron fuerza obligatoria. Esta es una cuestion muy debatida: algunos (3), fundados muy principalmente en la autoridad de Tácito (4), sostienen que esto no se verificó hasta el tiempo de Tiberio: otros, por el contrario (5), consideran á los senado-consultos como leyes ya en tiempo de la república. Esta última opinion nos parèce mas probable: la autoridad de Ciceron (6), la de Pomponio (7), la de Teófilo (8), y la existencia de senado-consultos de esta época que se refieren

(1) §. 4, tít. II, lib. I de las *Inst.* de Just.
(2) §. 5, tít. II, lib. I de las *Inst.* de Just.
(3) Entre estos están Heinecio y Giraud.
(4) *Annal.* I, 15.
(5) Entre ellos Bach, Hugo, Warkœning, Mackeldey y Holcio.
(6) Top. 5.
(7) Al fijar Pomponio los orígenes del Derecho, pone despues de los senado-consultos los edictos de los magistrados, y los hace coetáneos, *eodem tempore* (§§. 9 y 10, ley 2.ª, tít. II, lib. I del *Dig.*); y los edictos de los magistrados pertenecen indudablemente el segundo período de la historia.
(8) §. 5, tít. II, lib. I de su *Paraf.*

á puntos de derecho privado, nos deciden á prestarle nuestro asenso, no desconociendo sin embargo la fuerza que tienen los argumentos que la impugnan (1). El senado se compone de los que en el último censo son confirmados senadores ó promovidos á esta dignidad. Los grandes magistrados asisten á las sesiones, y concluido su cargo son miembros de la asamblea.

El Derecho no promulgado presenta diversidad de orígenes, que tienen mayor influencia aun que los del positivo: moderando el rigor austero del antiguo derecho, sustituye á sus principios exclusivos otros mas generales reconocidos por todos los pueblos civilizados de la antigüedad. Se deriva de la costumbre, de los edictos de los magistrados y de la doctrina de los jurisconsultos: estas dos últimas fuentes mas adelante pasarán á ser derecho escrito, como observaremos oportunamente.

En el primer período hemos visto que la costumbre fué por mucho tiempo la sola ley que regia á los romanos en las cuestiones de derecho privado: las leyes de las Doce Tablas elevaron á derecho escrito gran parte del consuetudinario; pero la costumbre continuó teniendo fuerza coactiva en el silencio de la ley, y aun contra su tenor: esto era lógico, porque el pueblo, que era el legislador, del mismo modo podia espresar su voluntad formulando un precepto, que consintiendo tácitamente una práctica ajustada á la igualdad y á los hábitos nacionales. Esta costumbre dimanaba de dos diferentes orígenes: ó de los usos recibidos (*mores majorum*, *longa consuetudo*), ó de la autoridad de la cosa juzgada (*res judicata*, *auctoritas rerum perpetuò judicatarum*). Uno y otro orígen debian tener entre los romanos mas importancia que en los tiempos modernos, tanto por la poca extension del derecho escrito en esta época, como por la consideracion que daban al

(1) Tit. Liv. XXXIX, 3; XXIX, 41; Cic. *Ad Att.* V, 21; VI, 1 y 2. Aconsejamos la lectura de las razones en que Hugo y Giraud apoyan su sus respectivas opiniones.

principio de la equidad, circunscrito en nuestros dias á limites mucho mas estrechos.

No fué menos fecundo origen de derecho el llamado derecho pretorio ú honorario, que debió su nacimiento á los edictos de los magistrados, esto es, en Roma á los pretores *(prætorium edictum)* y á los ediles *(ædilitium edictum)*, y en las provincias á los procónsules y propretores *(edictum provinciale)*. Las necesidades nuevas, efecto de la mezcla de los romanos con los demás pueblos, vinieron á colocar los principios de equidad universal *(jus gentium)* al lado de los preceptos de su primitivo derecho *(jus civile)*, y los magistrados son los que lenta y progresivamente hicieron esta amalgama (1), auxiliando, supliendo y corrigiendo el derecho civil (2). El modo que tuvieron de hacerlo fué por medio de sus edictos (3), cuyo objeto era establecer reglas generales que sirvieran de norma para la decision de los negocios durante la magistratura del que los daba *(edicta jurisdictionis perpetuæ causa: edicta perpetua: edicta annua)*, sistema que al mismo tiempo que por su publicidad era un antemural contra la injusticia, y por la generalidad de sus preceptos una prenda de imparcialidad, impedia que los tribunos detuvieran el ejercicio de la autoridad judicial en los casos particulares, pues que no habiendo interpuesto su veto á los edictos, convenian implícitamente en las reglas generales bajo que debia administrarse la justicia. El edicto anual ó perpétuo, palabras sinónimas en este caso, no era generalmente nuevo *(edictum novum)*, sino mas bien el observado por el antecesor, adoptado en todo ó en parte con arreglo á lo que la experiencia acreditaba *(edictum traslatitium)*. No consideramos como fuentes de Derecho los edictos repentinos *(edicta specialia*,

(1) Teof., §. 7, tít. II, lib. I de su *Paraf.*
(2) Ley 7.ª, tit. I, lib. I del *Dig.*
(3) §. 10 de la ley 2.ª, tít. II, lib. I del *Dig.*; §. 6 del *Com.* I de las *Inst.* de Cayo: no nos parece admisible la opinion de Cujas, Tomasio y Heinecio, que tachan de ilegales en este periodo los edictos de los pretores. Hugo lo demuestra bien á nuestro juicio.

peremptoria, repentina, facta prout res incidit (1), porque solo eran disposiciones que tomaba el magistrado en casos especiales. Como á los edictos de los pretores les faltaba la fuerza legislativa, pues solo eran actos de magistratura, perdian todo su vigor al cesar en sus funciones el magistrado que los habia puesto en el *album;* pero como gran parte de sus disposiciones pasaban á los edictos siguientes, vinieron á formar un derecho consuetudinario.

No contribuyó menos al desenvolvimiento del Derecho la cultura de la jurisprudencia, que tiene su gérmen en este período, si bien su completo desarrollo y su carácter altamente científico corresponde al que sigue. El jurisconsulto sentado en su átrio, rodeado de sus clientes y de los que vienen á consultarlo, es una especie de oráculo: los discípulos que le siguen al foro escuchan y recogen con avidez y veneracion sus respuestas, y se preparan así para la carrera que se les abre. Estas lecciones no tienen unidad; pero basadas sobre las Doce Tablas, que aprenden de memoria (*carmen necessarium*), dan la instruccion indispensable para que nuevos jurisconsultos puedan á su vez llenar el vacío de sus maestros. De este modo se forma un depósito de doctrinas obligatorias por la costumbre, que se incorporan á la legislacion como derecho no escrito; dásele el nombre de *auctoritas jurisperitorum*, *jus receptum*, *sententiæ receptæ* y de *jus civile*, cuya última frase es comun á diferentes significaciones. Cuando hablemos de la progresion científica del Derecho en este período daremos mayor ampliacion á estas indicaciones.

§. III.

ESTADO DEL DERECHO AL FIN DEL SEGUNDO PERÍODO.

La extension de los dominios de Roma, las riquezas que confluyen á ella de los países que subyuga, los progresos de

(1) §. Inic. de la ley 7.ª, tít. I, lib. II; leyes 68 y 70, tít. I, lib. V del *Dig.*; ley 8.ª, tít. XLIII, lib. VIII del *Cod.*

la civilizacion y las relaciones con los demás pueblos empiezan á producir una revolucion saludable en el Derecho: el exclusivismo, la austeridad de los antiguos preceptos cede ante máximas mas generales y humanitarias; y aunque realmente existe una lucha entre los antiguos y los nuevos principios, el tránsito de unos á otros se hace insensiblemente: el derecho primitivo riguroso queda como base, pero por medios indirectos se neutralizan sus consecuencias. De este modo los romanos enlazan lo pasado y lo futuro, y á la vez conservan la veneracion á la antigüedad é introducen las innovaciones que una nueva época reclama.

El número de los ciudadanos se aumenta de un modo extraordinario (1); estos se reparten no solo por Italia, sino tambien por todas las provincias, aun las mas remotas (2). Entre ellos y los extranjeros hay varios grados intermedios: de aqui dimana que uno puede ser considerado como extranjero con relacion á un romano propiamente tal, al mismo tiempo que se le reputa como ciudadano con relacion á otro extranjero (3). Los extranjeros, que ocupan el primer lugar, son los latinos colonarios, clase intermedia entre los ciudadanos y peregrinos: como los primeros, tienen el derecho de trasmision (*jus commercii*) y la capacidad de testar y de recibir por testamento entre si mismos y con los romanos; mas al mismo tiempo no pueden contraer matrimonio civil, peculiar de los ciudadanos (*jus connubii*), ni participar de los derechos políticos sino cumpliendo ciertas condiciones (4).

La sociedad doméstica se modifica de un modo digno de atencion: el derecho civil y el pretorio moderan la autoridad del jefe de la familia; las formas que constituyen á la mujer en la potestad del marido (*manus*) son menos frecuentes que antes, porqué la *coempcion* se emplea raras veces, la *confarreacion* solo está en práctica entre los pontifices, y la pres-

(1) App. *De bell. civ.* I, 100.
(2) Cic.. *Pro leg. Man.* 3 y 5.
(3) Hugo.
(4) Hugo, Holcio, Savigny, Giraud.

cripcion (*usus*) parece haber desaparecido; se limitan las prohibiciones que existen para contraer matrimonio; la constitucion de las dotes influye notablemente en las relaciones conyugales; el Derecho empieza á buscar los medios de destruir el celibato y de impedir el abuso de los divorcios, excitando al interés pecuniario de los cónyuges, porque la pureza de las costumbres ha desaparecido. La tutela perpétua, á que está sujeta la mujer, es casi nominal, pues solo se requiere la intervencion del guardador para la enajenacion de una cosa susceptible de mancipacion (*res mancipi*), y el tutor no puede negarla á no ser agnado; pero aun en este caso encuentra la mujer en la misma ley el modo de eludir su cumplimiento. La tutela de los impúberos participa del movimiento progresivo, puesto que el interés de la familia no es exclusivamente tomado en consideracion al conferirla, sino tambien el del huérfano.

No menos grave y trascendental es la revolucion que se introduce en la propiedad. Al lado de la antigua propiedad civil (*mancipium*, *dominium quiritarium*) se crea otra menos exclusiva de derecho de gentes; lo que en virtud de ella se posee está *in bonis:* esta diferencia produce resultados interesantes en el Derecho.

Las antiguas formas de testar *in calatis comitiis é in procinctu* han desaparecido: consérvase aun la simbólica *per æs et libram*, aunque ya desnaturalizada y poco conforme á los principios que prevalecen: el derecho pretorio introduce una forma mas sencilla y que no consulta menos á la integridad de las últimas voluntades. Al mismo tiempo se cohibe la libertad absoluta del testador: este no puede desheredar á sus descendientes sin declararlo expresamente y sin manifestar la causa: si no lo hace así, se supone que carecé de razon al otorgar el testamento, porque si la tuviera no faltaria á lo que los deberes paternales le aconsejan. Mas no es solo atendido en la sucesion el parentesco civil: los vínculos de la sangre tienen ya su debida influencia, y los descendientes que han

salido de la familia, y que por lo tanto, atendido el rigor del derecho civil, son excluidos de la herencia, tienen abierto un camino de equidad que el pretor les franquea; y por el contrario, se libertan los descendientes que la ley llama *herederos suyos* (*sui hæredes*) de la necesidad de admitir una herencia gravosa, usando del beneficio de abstenerse que el derecho honorario les concede.

Se aumenta considerablemente el número de los contratos: el primitivo (*nexus*), aunque no abolido, es reemplazado por la *obligacion*. El contrato literal (*litterarum obligatio*) manifiesta el desarrollo que la civilizacion ha tenido ya, y aunque algunas convenciones están destituidas de coaccion jurídica, el pretor disminuye su número dando fuerza á pactos que antes no la tenian. El rigor antiguo con los deudores en el adelantamiento de la cultura es imposible.

A las acciones de ley, combate simbólico entre los litigantes, sustituyen las fórmulas: así la palabra *accion* cambia de significado, y ahora representa la facultad de reclamar lo que á uno corresponde; esta facultad, que toma su origen en las disposiciones generales del derecho civil ó pretorio, es otorgada por el magistrado en cada caso particular. Cuando la ley calla y no da medio de obtener lo que la equidad ó la utilidad pública al parecer reclaman, ó por el contrario, en su extricto rigor otorga acciones contrarias á los principios de justicia y de conveniencia general, el pretor viene á suplir su insuficiencia ó á corregir su disposicion. Así vemos dos elementos contradictorios dominando á la vez, el uno antiguo, el otro nuevo; el uno exclusivo y rigoroso, el otro general y equitativo, y nos admiramos de ver el tacto con que los romanos procuran conciliarlos.

Con mas claridad que en el período anterior aparece en este la separacion de las funciones del juez y del magistrado. El primero, revestido de funciones públicas y armado con la jurisdiccion, recibe su nombramiento del pueblo, al paso que el segundo es un ciudadano particular nombrado ó al menos

consentido por las partes á propuesta del magistrado, ó designado por la suerte en caso de discordia, y tiene limitada la facultad de conocer á un negocio especial y de juzgar solo al tenor de la fórmula que se le prescribe. De este modo pocos magistrados bastan para la administracion de justicia, desembarazados como están del exámen minucioso de los hechos que se les someten. El ciudadano encargado de juzgar, ya tiene el nombre de *judex*, ya el de *arbiter*, ya el de *recuperator*. Entre los jueces y árbitros creemos que no habia mas diferencia que la mayor ó menor latitud, que con arreglo á la naturaleza del negocio litigioso daba la fórmula del pretor al ejercicio de sus funciones. Al lado de ellos, corriendo el tiempo vemos á los *recuperatores*, cuyo orígen y funciones no nos son bien conocidas: sin embargo, nos parece que se diferencian de los jueces y de los árbitros en que estos generalmente eran nombrados uno para cada negocio, y los recuperatores eran varios (1), y en que ante ellos los negocios se decidian por términos mas expeditos (2).

Mas incierto es aun el orígen de la organizacion y de las funciones de los magistrados conocidos con el nombre de *centumviri*: dudoso aparece si solo tenian jurisdiccion colectivamente, ó si se subdividian en secciones formando cada una de ellas un tribunal, ó por último, si cada uno de los centunviros podia por sí solo ejercer las funciones de que su cargo le revestia: las fórmulas del procedimtento y la analogía que tenian con los juicios comunes y con los *recuperatores*, están envueltos en la misma oscuridad (3).

El órden gradual de tribunales que para remediar los abusos ó los yerros de una instancia está establecido en los pueblos modernos, era aun desconocido: en su defecto para prevenir en parte la injusticia se observaba que los magistrados que hubieran aplicado un derecho nuevo fueran justiciables

(1) Cayo, §§. 46, 105 y 109 del Com. IV de sus *Inst.*
(2) Cic. *Pro Tullio* 2; Gayo, §. 185 del Com. IV de sus *Inst.*
(3) Hugo.—Mr. Ortolan hace acerca de los centunviros algunas conjeturas interesantes.

en iguales términos en cualquier tiempo: *Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur* (1). Pero esta regla no se aplicaba rigurosamente á los magistrados que publicaban edictos.

Nuevo es en esta época el aspecto del Derecho por lo que concierne á los delitos. Tribunales permanentes (*quæstiones perpetuæ*) presididos por uno de los pretores que no tienen jurisdiccion especial, juzgan las quejas de determinadas especies. Todo juicio público necesita una decision general del pueblo, en que se expresa el nombre del acusador y de su sócio (*subscriptor*), el del acusado, los de los jueces, el rango, el número y la calidad de los testigos, la facultad de dar tormento á los esclavos, la de exigir documentos; en una palabra, todo el procedimiento: añádese tambien que no es extensivo mas que al delito especial de que se trata: no hay, pues, una forma de procedimiento general criminal. Contra los reos aprehendidos *in fraganti* se procede mas brevemente (2). Las penas se dulcifican, la de muerte no puede imponerse á los ciudadanos.

§. IV.

CULTURA DEL DERECHO.

El Derecho Romano emancipado de las formas religiosas, despojado en parte de su carácter exclusivo y accesible á los diversos órdenes de ciudadanos, sin perder del todo su primitiva fisonomía, comienza á pasar desde un arte práctico á ser una ciencia.

A Cneo Flavio, hombre de baja extraccion, amanuense de Apio Cláudio el Ciego, se atribuye la publicacion del calen-

(1) Tít. II, lib. II del *Dig.*
(2) Hugo.

dario (*fasti*) y la de las acciones de ley (año 449). La publicacion del calendario hizo desaparecer el misterio con que los pontífices velaban su confeccion, conocimiento poco extendido y difícil por intercalar en cada dos años un mes entero de duracion varia, cesando por lo tanto la necesidad de consultar á los pontífices acerca de los dias en que podian seguirse los procedimientos. Con la publicacion de las acciones de ley, esto es, de las fórmulas solemnes con que se ordenaban las actuaciones, concluyó el monopolio que los patricios hacian de la jurisprudencia. Para recobrarse estos de la pérdida que acaban de experimentar, inventaron nuevas fórmulas; y con objeto de prevenir de nuevo su publicacion, expresaron solo con las letras iniciales las palabras que las componian; precaucion inútil, porque Sexto Elio Cato divulgó el misterio en el año 552 de la fundacion de Roma. De estas promulgaciones vienen los nombres de Derecho Flaviano (*jus Flavianum*), y de Derecho Eliano (*jus Ælianum*).

Coincide con estas revelaciones el empezar los plebeyos á estudiar el Derecho: Tiberio Coruncanio, primero de este órden que llegó á la dignidad de pontífice, le enseña públicamente (año 500). Desde entonces aparece en Roma una clase de sábios llamados jurisconsultos (*jurisconsulti*, *jureconsulti*, *jurisperiti*, *jurisprudentes*, *prudentes*), se precipita la cesacion de la antigua clientela, y se aumenta la emulacion entre los ciudadanos de los diferentes órdenes que se dedican á la profesion del Derecho. Pronto se ponen de manifiesto las dificultades y los inconvenientes de las acciones de ley, lo que unido á la idea que recuerdan de la dominacion patricia empeña á los plebeyos á pedir un nuevo sistema de procedimientos, lo que fué objeto de la ley Œbucia, que estableció las bases del nuevo sistema formulario.

La influencia que la abolicion de las acciones de ley quitaba á los jurisconsultos fué reconquistada con usura por la importancia que obtuvieron sus consultas (*responsa prudentum*), y con la necesidad que tenian los no versados en el Derecho

de valerse de ellos para que los defendieran en jucio, *disputatio fori* (1).

La oscuridad con que estaban escritas las leyes de las Doce Tablas y el edicto del pretor los lanzaron en el camino de la ciencia para poder explicar el genuino sentido del Derecho y conciliarlo con las costumbres del siglo en que vivian. Así sucesiva y lentamente fueron introduciéndose doctrinas y principios antes desconocidos. Contribuyó mucho á elevar las miras de los jurisconsultos la importancia que en esta época empezó á darse al *derecho de gentes*, frase que muy ajena de la significion que hoy tiene, debe ser mas bien considerada como equivalente á la que se ha conocido desde el siglo XVII con el nombre de derecho natural y hoy tambien con el de filosofía del derecho, y que los romanos fundaban, no en principios metafísicos, sino en la experiencia de las leyes y costumbres de los pueblos civilizados.

A los nombres de los jurisconsultos, de que hemos hecho mencion, debemos añadir el de Caton el Antiguo, que fué el primero que recopiló hechos que habian dado lugar á procedimientos particulares, del cual ó de su hijo vino la frase *regla Catoniana*; el de Manilio, del que tomaron el suyo las *acciones Manilias*, que eran fórmulas para las ventas; el de Hostilio, del que recibieron denominacion las *acciones Hostilias*, que se referian á los testamentos; el de Marco Junio Bruto, que escribió tres libros *De jure civili*, que no han llegado á nosotros; y por último, los de los dos Scevolas, de Publio Mucio el pontifice y del augur Quinto, que pertenecieron todos al período que acabamos de reseñar.

(1) Seguimos la opinion de Mackeldey al fijar el sentido de la frase *disputatio fori*; mas segun Gravina y Heinecio se daba este nombre á las resoluciones de los antiguos jurisconsultos en las conferencias que tenian en el templo de Apolo.

TERCER PERIODO.

Desde Ciceron hasta el imperio de Alejandro Severo.

Años desde el 650 de la fundacion de Roma (cien antes de la venida de Jesucristo) hasta el 250 de la era vulgar.

§. I.

RESEÑA DE LA HISTORIA POLÍTICA.

La corrupcion y la anarquía invaden á la sociedad romana y preparan un nuevo órden de cosas, que cambia la faz de la república. La debilidad del senado le hace impotente para tener á raya las pasiones que se desbordan, para dirigir las asambleas populares, para conciliar el principio democrático con la extension de los dominios romanos, para calmar los ódios profundos entre los ricos y los pobres y para proteger á las provincias de la opresion y rapacidad de sus gobernadores. Al fin del periodo que antecede (años 621 y 632), las sediciones de los Gracos, en que por primera vez se derramó sangre romana en discordias intestinas, fueron el preludio de los prolongados disturbios que hicieron imposible la forma antigua de gobierno.

Para manifestar cómo se verificó el tránsito de una constitucion libre, aunque degenarada, al despotismo, necesario es que tracemos lijeramente los principales acontecimientos de la época. Mario, guerrero bárbaro y de origen humilde, poniéndose al frente de la multitud y obteniendo el consulado por seis años con infraccion abierta de las leyes, que exigian diez años de intersticio, puede ser considerado como el pri-

mer tirano de su patria. Sila, sostenido por los patricios, triunfó de él, y nombrado dictador por un tiempo ilimitado, tuvo el cargo de restablecer el órden de la república: su gobierno fué cruel; en él empezaron las confiscaciones y las proscripciones, que por espacio de sesenta años fueron el arma funesta de las facciones dominantes contra las facciones vencidas. Queriendo restituir la república á su primitivo estado y devolver al senado su esplendor antiguo, avasalló á la plebe y á los caballeros, despojó de la mayor parte de su autoridad á los tribunos, disolvió los comicios tributos, y revistió exclusivamente á los centuriados del poder legislativo. Su obra fué destruida por Pompeyo, que desechando la tiranía de los nobles y la de la muchedumbre, buscó un sistema medio: entonces los caballeros, los tribunos y los comicios tributos volvieron otra vez á obtener el lugar que habian perdido. Pompeyo se coligó con Craso y con César para gobernar la república con el nombre de triunvirato (año 690); pero la mala inteligencia entre ellos, los errores de Pompeyo y la ambicion de César concluyeron por el vencimiento del primero y por quedar este dueño absoluto de la república.

Elevado César á tanta altura bajo el título de dictador y emperador, y contando con las simpatías del pueblo, cuyas pasiones por mucho tiempo habia lisonjeado, hizo triunfar el órden público y la igualdad social, libertó á las provincias de la opresion en que gemian, dió el derecho de la ciudad á la Galia Cisalpina, echó los cimientos del gobierno militar, reformó el calendario, y se preparaba á dar un código general y uniforme cuando los puñales de los nobles cortaron sus dias en el seno mismo del senado. El jóven Octavio, sobrino é hijo adoptivo de César, era el llamado á recoger su sangrienta herencia. Candidato opuesto por el senado á las pretensiones de Marco Antonio, creyó que le era mas conveniente aliarse con él y con Lépido (año 711), y juntos formaron un triunvirato célebre por sus proscripciones, hasta que vencedor de sus colegas en la batalla de Accio, concentró en

sus propias manos toda la autoridad suprema de la república (año 727). Desde esta época data el establecimiento del imperio, que puede considerarse como el triunfo del poder militar sobre el gobierno civil. Con el nombre de Augusto, llegó Octavio á ser de hecho el soberano de Roma, si bien cediendo á miras políticas que no podia desatender impunemente, aparentó conservar las antiguas formas democráticas. Paulatina y gradualmente adquirió la plenitud del poder, que le fué conferido siempre provisional y como extraordinariamente por períodos de cinco y de diez años. Sin cambiar los nombres, ni las atribuciones, ni las insignias, ni la forma de eleccion de las magistraturas, Augusto vino á reconcentrarlas en sí mismo y á dejar en legado á sus sucesores el ejercicio de las mas interesantes. Una revolucion verdadera cambió en el fondo las antiguas formas republicanas, y el elemento monárquico se sobrepuso al aristocrático y al democrático, que tan agitada habian tenido á la república.

El príncipe entonces vino á ser el jefe del Estado: con los títulos de *Imperator*, *Cæsar*, *Augustus* reasume el poder consular, el mando de los ejércitos, el derecho de declarar la guerra, el de hacer la paz, el de vida y muerte (1), la autoridad proconsular en las provincias mas interesantes (2), la censura que ejerce bajo el título de *præfectura morum*, y que le facilita crear y eliminar senadores (3), el pontificado máximo (4), y por último el poder tribunicio; que al mismo tiempo que le reviste de inviolabilidad haciendo sagrada su persona le confiere la mas interesante quizá de todas sus prerogativas, que es la de anular con el veto las disposiciones de los demás magistrados, y aun los acuerdos del senado (5). Ejerciendo el príncipe tantas magistraturas á la vez, tiene el derecho de dar edictos, que son obligatorios por todo el tiem-

(1) Dion Cas. LIII. 17.
(2) Id. LIII, 17 y 32.
(3) Id. LIV, 10 y 30.
(4) Id. LIII, 17.
(5) Id. LIII, 17; Tácit. *Ann.* III, 56.

po que sigue en sus funciones, es decir, durante su vida, y que adoptados por los que le reemplazan, vienen con el tiempo á ser otra fuente de Derecho, y á dar en la esencia el poder legislativo á los emperadores, que despues proclamaron como derecho propio la autoridad que á la sombra de artificios habian conquistado.

Mas á pesar del poder omnímodo que los Césares llegaron á obtener, no se introdujo en la sucesion al imperio el principio hereditàrio: el emperador reinante solia designar su sucesor, frecuentemente adoptándolo y aun dándole participacion en sus funciones. El senado era el que lo elegia, si bien cediendo comunmente á las exigencias de los ejércitos victoriosos. El pueblo, el senado y las legiones prestaban juramento de fidelidad al emperador en el primer dia del año (1).

Consiguiente era al cambio efectuado que lenta y gradualmente fuera desapareciendo el poder legislativo del pueblo. Ya solo se reune en los comicios centuriados y tributos para votar sobre las proposiciones del senado ó del emperador (2), y no necesitan asistir personalmente los ciudadanos, porque pueden votar por escrito (3). Muy pronto cesan estas asambleas, cuyas funciones son reasumidas por el senado y por los emperadores.

El senado pierde en esta época la grande importancia política que habia tenido en los dias de la república. Sumiso ya tan pronto á la tiranía de los Césares, que designaban á sus miembros, como á las sediciones militares, solo ejerce la autoridad que buenamente le permiten. Aunque á él corresponde ya la eleccion de los emperadores (4), carece casi siempre de la libertad necesaria para hacerla á medida de su gusto; y cuando al fin de cada reinado parece que recobra su independencia para colocar al emperador finado en el número de

(1) Dion Cas. XLII, 18; Suet, *Galba*, 16.
(2) Tit. Liv. XLI, 13; Dion Cas. LVIII, 20.
(3) Suet. *Octav.* 46.
(4) Dion Cas. LIX, 1 y LX, 1.

los dioses y confirmar sus actos, ó para anularlos (1) y escarnecer su memoria, tiene aun entonces que consultar las aficiones del elevado nuevamente al sólio y procurar no incurrir en su ódio, cuando sabe que no es indiferente á la gloria ó á la infamia del que le precede en el imperio. Puede decirse que por regla general se extienden mas las atribuciones del senado; reemplaza frecuentemente al pueblo en su facultad legistativa, y así los senado-consultos vienen á ocupar á veces el lugar de las antiguas leyes y plebicistos; elige á los magistrados, á excepcion de los cónsules, cuyo nombramiento el emperador se reserva (2), y adquiere jurisdiccion criminal, especialmente para juzgar los delitos contra el Estado y contra el príncipe, los de concusion de los funcionarios provinciales, y las acusaciones capitales contra los senadores (3).

Las magistraturas siguen la suerte de todas las demás instituciones, y si bien en la mayor parte conservan el antiguo nombre, cambian mucho en la extension de sus funciones: algunas dejan de existir en el siglo tercero de la era cristiana. La dignidad consular queda casi reducida á la honorífica distincion de presidir el senado (4): algunos emperadores se honran con este título, y Augusto para facilitar su acceso solia cada dos meses hacer nombrar nuevos cónsules (5). La magistratura que conservó mayor importancia fué sin duda la de los pretores, cuyo número, extendido por Augusto á doce, llegó á diez y seis en tiempo de Tiberio, sin contar entre ellos á otros que debian de entender especialmententente en determinados negocios.

Pero aunque estaban subsistentes en el nombre las antiguas magistraturas, sus atribuciones fueron sucesivamente traspasándose á nuevos funcionarios creados por los emperadores. El primero que debemos mencionar es el gobernador

(1) Dion Cas. XLVII, 18; LIX. 9 y LX, 4.
(2) Tácit. *Ann.* I, 15.
(3) Dion Can. LII, 31 y 32; LIII, 15; LVII, 15, 17 y 22; LX, 16 y 25.
(4) Tácit. *Ann.* XIII, 4.
(5) Dion Cas. XLIII, 46.

de la ciudad (*præfectus urbi*) creado por Augusto. Este magistrado puede ser considerado como el lugar-teniente en ausencia del emperador; reune á las funciones de los antiguos ediles la jurisdiccion criminal en Roma y en el radio de cien millas, y llega despues tambien á tener la civil, siendo juez de apelacion de los demás tribunales de la ciudad, incluso el del pretor.

El prefecto de las cohortes pretorianas (*præfectus prætorio*) fué tambien creado por Augusto, y con el tiempo vino á ser la primera persona del Estado despues del emperador. Limitado estuvo al principio á funciones puramente militares; pero despues tuvo participacion en todas las medidas políticas, y concurrió á la decision de los juicios que se sometian al emperador (1), delante del cual solamente eran apelables sus sentencias.

A este mismo período corresponden las magistraturas del *præfectus annonæ*, del *præfectus vigilum* y de los *præfecti ærarii*. El *præfectus annonæ* era durante la república creado extraordinariamente en dias de carestía y de hambre; pero desde Augusto fué un magistrado ordinario encargado de la provision y de la policía de subsistencias y de juzgar los delitos á ella referentes (2). El *præfectus vigilum* cuidaba de prevenir los robos y los incendios, y de castigar á sus autores (3). Los *præfecti ærarii*, instituidos por Augusto, reemplazaron á los cuestores, y fueron definitivamente restablecidos por Trajano, que dejó sin efecto la rehabilitacion de la cuestura que habia hecho el emperador Cláudio: los cuestores desde entonces fueron solo magistrados provinciales (4).

Al lado de los funcionarios públicos habia un consejo de hombres prácticos y entendidos (*consilium assessorum*), que introducido al principio por la voluntad de los que ejercian las magistraturas, llegó en el siglo III á tener el carácter de

(1) Dion Cas. LXII, 9, y LV, 10.
(2) Tac. *Ann.*, I, 7, y XI, 31.
(3) Dion Cas. LII, 24 y 33.
(4) Id. LIII, 2 y 32; LX, 4, 10 y 24.

consejo permanente y retribuido (1). Los príncipes tenian tambien á su lado un consejo privado, cuya presidencia en tiempo de Adriano se confirió al prefecto de las cohortes pretorianas (2); componiase este consejo de magistrados, de funcionarios de diferentes clases y de senadores designados primitivamente por la suerte, y renovados ya cada seis meses, ya anualmente, y despues elegidos por el príncipe, y llamados por él compañeros y amigos (*comites, amici*). Estos individuos seguian al emperador aun en campaña, le ayudaban con sus consejos, y se puede decir que eran comparticipes de la autoridad soberana.

Los empleados en el palacio imperial en tiempo de los primeros Césares fueron meros dependientes domésticos; mas desde Adriano se convirtió esto en servicio público ambicionado por personas ilustres; innovacion que ejerció una grande influencia en el período siguiente de la historia.

Digno es de fijar la atencion el cambio que experimentó el servicio militar: de él nacieron las exenciones y privilegios de los soldados, cuyas consecuencias han alcanzado á muchos pueblos modernos. El servicio militar en tiempo de la república era á la vez un derecho y un deber político, que comprendia á todos los ciudadanos inscritos en el censo, los cuales, concluida la guerra, volvian á entrar en la vida civil. Las guerras domésticas habian falseado esta institucion, y so color de restaurarla Augusto cambió su índole acomodándola á las exigencias de la nueva forma de gobierno. Los ejércitos empezaron á ser permanentes, se creó la guardia pretoriana (*cohortes prætorianæ*), que en los tiempos sucesivos elevó con tanta frecuencia sobre sus escudos al que queria investir con la púrpura imperial, y en una época en que por medios tan artificiales se queria compeler á los ciudadanos al matrimonio, se prescribió el celibato á los soldados, otorgándoles los mismos derechos que las leyes Julia y Papia Popea habian

(1) Aulio Gelio, VII, 13.
(2) Dion Cas. LII, 33; LII, 21.

introducido en favor de los casados y de los padres. A este privilegio siguieron los de la facultad de testar sin solemnidades y del peculio castrense y los otorgados á los veteranos.

Los tributos en este período se multiplican extraordinariamente: segun nos dice Suetonio (1), no habia cosa ni persona que no estuviera sujeta á un impuesto; su larga nomenclatura no debe tener cabida en esta reseña (2). Pero ya no entran todos sus productos en el erario: al lado de él se crea una caja militar que está á la disposicion del emperador; dásele el nombre de fisco (3). La administracion y la facultad de disponer del fisco está reservada al príncipe, mientras que la del erario, al menos en las formas exteriores, permanece en el senado. Además de estos tesoros existe el patrimonio que el emperador tiene como peculiar suyo (*patrimonium Cæsaris*), que solo extraordinariamente se destina á las necesidades públicas (4), y que las leyes á veces asimilan á las cosas del fisco. La corte de los Césares, la paga y los donativos á los soldados, las obras públicas, los espectáculos y las distribuciones al pueblo, son los gastos en que se invierten los tributos.

En la administracion de las provincias siguen los emperadores una política parecida á la que habian adoptado en Roma para centralizar en sus manos el poder y tener en la dependencia conveniente á los que las gobernaban. Dividiéronse desde Augusto las provincias en dos clases: una de las militares, es decir, de aquellas en que residia el ejército y que administraba el emperador por medio de sus legados con los nombres de prefectos y de presidentes; estas se denominaban *provinciæ Cæsaris*, en contraposicion á las que seguian dependiendo, al menos en la apariencia, del senado,

(1) *Calig.* 40.
(2) Son apreciables los trabajos de Burman, Boulanger, Bouchaud y Naudet sobre este punto.
(3) Dion Cas. LIII, 16, y LV, 25. Seguimos la opinion que nos parece mas probable, sin desconocer las razones en que se funda la de los que suponen que el erario militar y el fisco eran diferentes.
(4) Dion Cas. LIII, 22.

llamadas *provinciæ populi* ó *provinciæ senatus*, que continuaron regidas por los procónsules, si bien con poderes mas limitados que los que antes obtenian. En unas y en otras existian procuradores, que inferiores á los gobernadores en dignidad estaban encargados de vigilar por los intereses fiscales, y aun de administrar las provincias de menor importancia (1). Los impuestos de las provincias del César recibian el nombre de *tributum*, y entraban en el fisco: los de las provincias del pueblo se llamaban *stipendium*, é ingresaban en el erario. De aqui proviene la nomenclatura de *provinciæ stipendiariæ* y *provinciæ tributariæ*. La avaricia de los magistrados provinciales queda cohibida en virtud de la autoridad del príncipe y del señalamiento de salario fijo con que se les retribuye (2). Algunas de las provincias, especialmente las que no están espuestas á incursiones de los enemigos, ni ocupadas por las legiones del imperio, llegan á un alto grado de prosperidad, y se emancipan de la barbarie admitiendo las ciencias, las artes, las leyes y el habla de los vencedores. Al lado de los gobernadores de las provincias, del mismo modo que al de los magistrados de Roma, hay un consejo de asesores; ni los gobernadores, ni los asesores pueden ser de la provincia en que ejercen sus funciones, precaucion que con otras de índole parecida tienen por objeto evitar que adquieran una influencia peligrosa.

Concluiremos la reseña de la historia politica de este período con la enumeracion de los emperadores que en él obtuvieron la púrpura. A Augusto sucedió su hijo adoptivo Tiberio (año 14), que afectando rehusar la dignidad imperial consiguió apoderarse de ella, y arrojando la máscara con que se habia cubierto en los primeros años de su reinado, manifestó el carácter sombrío y cruel con que nos lo representa la historia. Esta misma alternativa de buenas y malas cualidades desenvolvieron sus sucesores Caligula (año 37), Cláudio acla-

(1) Dion Cas. LIII, 12 y sig.
(2) Id. LIII, 15.

mado por los soldados (año 51), y Neron (año 44), tres mónstruos que se hicieron insoportables, y perecieron, el primero asesinado por los senadores y caballeros que no pudieron soportar su tiranía, el segundo envenenado por su mujer, y el último acudiendo al suicidio para libertarse de la venganza de sus enemigos. Galba (año 68), elegido por las legiones de España, agobiado por los años, entregado ciegamente á sus ministros, mas justo y severo que político, pereció á los siete meses de su imperio por órden de Oton, que le sucedió (año 69). Oton, vencido por Vitelio, se quitó la vida á poco mas de los tres meses de vestir la púrpura. Vitelio (año 69) solo reinó ocho meses, muriendo despedazado por sus mismos soldados, dejando manchada su memoria por su crueldad y por sus vicios.

A estos séres degradados siguió Vespasiano (año 70), elevado á la dignidad imperial por las legiones del Oriente. Despues de una série de tiranos, no podemos menos de complacernos al ver un príncipe digno de la humanidad. Su hijo Tito (año 79), á quien se dió el dictado de *Delicias del género humano*, fué un héroe, y se mostró grande en la silla imperial, especialmente por su amor á la justicia: su hermano Domiciano (año 81) hace revivir la memoria de los malos príncipes; manchado con la sangre de sus súbditos, muere asesinado por efecto de una conspiracion, en que su mujer es el principal agente. Los asesinos de Domiciano proclaman al anciano Nerva (año 96), que aunque tímido procura el bien de la patria, y que adoptando y designando por su sucesor al gran Trajano hizo al imperio un servicio importante.

Trajano (año 98), gran capitan, gran político y sinceramente virtuoso, es uno de los príncipes mas cumplidos que la historia nos presenta. El sentimiento que su pérdida causó fué mitigado por las bellas cualidades de su sucesor Adriano (año 117), de cuyo imperio puede decirse que data una nueva era para la jurisprudencia; sucedióle el virtuoso Antonino (año 138), á quien se dió el nombre de Pio.

Marco Aurelio y Lucio Vero (año 161), denominados comunmente *Divi fratres*, suceden á Antonino, y presentan el primer ejemplo de dos emperadores unidos en el solio. Las virtudes del primero eclipsan los vicios del segundo, que arrebatado por la muerte (año 169), dejó á su colega solo en el poder, hasta que este algunos años despues (año 176) asoció á su hijo Commodo en el imperio.

La muerte de Marco Aurelio dejó á Commodo por único soberano (año 180): mónstruo abominable, violó todas las leyes, hasta que una conspiracion cortó el hilo de sus dias. En su lugar Pertinaz (año 193), digno del sólio, fué proclamado emperador por las cohortes pretorianas, que tres meses despues le asesinaron. Cuatro pretendientes elevados á la vez sobre los escudos de sus soldados se disputan la púrpura imperial, sobreponiéndose á todos Septimio Severo (año 193), que logró vencer á sus rivales. Caracalla y Geta (año 211), hijos de Septimio Severo, á la muerte de este ascendieron al sólio, pero muy pronto el primero con su propia mano, y en los brazos de su madre, asesinó á su hermano (año 212): sus crímenes llenaron de oprobio su memoria y armaron la venganza de Macrino, que le hizo matar y le reemplazó en el imperio (año 219). El reinado de este fué cruel y bréve, pues Eliogábalo proclamado emperador por los soldados (año 218) marchó contra Macrino, y le venció, obligándole á retirarse á Antioquía, donde fué asesinado. Pocos años despues sufrió la misma suerte Eliogábalo, que se distinguió por sus vicios, por sus extravagancias y por sus crímenes. Reemplazóle Alejandro Severo (año 222), que aunque solo de diez y seis años de edad, remedió los males de la patria, y se distinguió por su talento, valor, regularidad de costumbres y carácter bondadoso. Los soldados cortaron los dias de este emperador esclarecido, instigados por un godo llamado Maximiano, que le sucedió en el imperio.

§. II.

ORÍGENES DEL DERECHO.

Las fuentes del Derecho en este tercer período son, como en el que le antecede, el precepto positivo y el no promulgado. Continúan siendo preceptos positivos las leyes, los plebiscistos y los senado-consultos, y agrégase á ellos otro nuevo orígen, á saber, las constituciones de los emperadores.

Los decretos de las asambleas del pueblo bajo la forma de leyes ó de plebiscitos nunca fueron mas numerosos que al principio de esta época en medio de las sangrientas disensiones que dividian á los ciudadanos. Muchos de estos decretos conservaron grande importancia en el derecho civil, siendo despues objeto de las tareas de los jurisconsultos clásicos: la ley Julia y la Papia Popea fueron las mas fecundas en consecuencias.

La opinion que ha prevalecido por mucho tiempo acerca de que los decretos del pueblo habian cesado desde Tiberio, es errónea: la autoridad de Tácito cuando dice *comitia è campo ad patres translata sunt* no se refiere á la misma asamblea, sino á su poder, pues que avasallada la soberbia del pueblo, se sometia á la voluntad del senado, que era á su vez el reflejo de los deseos del emperador. Las formas exteriores de la autoridad del pueblo duraron aun, y en prueba de esto vemos que se hace mencion de leyes posteriores al tiempo de Tiberio. Mas á proporcion que se iba afianzando la autoridad de los Césares, se hacian raros los decretos del pueblo, hasta que desaparecieron absolutamente en tiempo de Calígula.

Al paso que iban cayendo en desuso las asambleas populares, el senado procuraba suplirlas legislando con mas frecuencia que en la época anterior sobre puntos de derecho privado, viniendo por lo tanto los senado-consultos á ser la principal fuente del derecho escrito: el senado los discute,

pero sin oponerse jamás á la voluntad del príncipe: la historia nos presenta á todos los buenos emperadores atentos á la libertad, al prestigio y á la autoridad de esta asamblea. Desde el tiempo de Caracalla cesan los senado-consultos en puntos de derecho civil.

Algunos senado-consultos llevaban el nombre de los cónsules que los proponian, como habia sucedido en tiempo de la república; otros el del emperador que los promovia ya por sí, ó ya por medio de comisarios *(candidati principis)*, en una proposicion escrita *(per epistolam)*, ó de palabra *(ex oratione principis)*, y por último, alguno el del individuo que dió causa á su formacion, como sucede con el senado-consulto Macedoniano. El senado, envilecido y convertido en un instrumento del poder real que reside de hecho en el emperador, se apresura á dar su aprobacion á cuanto en su nombre se propone.

La variacion que de hecho existia en las antiguas formas del gobierno, no podia menos de aparecer en el Derecho tan luego como cesara el temor que hacia disfrazar con formas republicanas la autoridad de un monarca absoluto. Así vemos nacer las constituciones de los príncipes, que debian con el tiempo reemplazar á todos los otros modos de expresar la voluntad soberana. Hemos ya manifestado, al bosquejar la historia política de este período, el artificio con que los emperadores se apoderaron del poder supremo, aparentando solo ejercer las funciones anejas á las magistraturas de la antigua república: la facultad, pues, que tenian de dar edictos como magistrados, vino á ser el pretesto con que cubrieron su usurpacion legislativa. Ya en tiempo de la república el pueblo habia en cierto modo consentido estas invasiones: así vemos que autorizó todos los actos de Sila, que aprobó los de Pompeyo despues de la guerra contra Mitridates, y que otro tanto hizo con los de César despues de su muerte. Asi tambien vemos que por mucho tiempo se conservó la práctica de ratificar el senado los actos de los emperadores que finaban.

Lugar es este á propósito para que hablemos de la ley Regia, puesto que segun nos dice Justiniano (1) copiando á Ulpiano, ella fué la que dió al príncipe la delegacion para legislar. No solo el contenido, sino la misma existencia de esta ley, ha sido objeto de sérias investigaciones entre los historiadores del Derecho Romano; pero hoy prevalece la opinion de que la mencion que hizo Justiniano, de ella no fué una interpolacion ó falsificacion de Triboniano, como antes suponian autores respetables. A los textos legislativos que prueban la existencia de la ley debemos añadir la autoridad de Dion Casio (2), la de Tácito (3) y la del jurisconsulto Cayo, cuyas instituciones (4) han venido á dar alguna luz sobre cuestion tan interesante. Por otra parte, no hay fundado motivo para suponer la interpolacion falsa de la palabra *Regia* en el texto de Ulpiano, que muy bien pudo acomodarse á las reminiscencias que suscitaba el poder imperial (5). No creemos por eso que el pueblo romano hiciese cesion de su soberanía en Augusto y en los que le sucedieron en el supremo poder, sino solo que á cada nuevo advenimiento al sólio conferia al emperador los mismos poderes que á su antecesor, es decir, las magistraturas, que reunidas venian á formar el imperio. Corriendo el tiempo, esta renovacion periódica cesó: quedó sin embargo implícitamente como ley fundamental la autoridad soberana de los emperadores.

Además de los edictos, los emperadores daban decretos, esto es, pronunciaban decisiones en los negocios judiciales que se sometian á su juicio, y rescriptos llamados tambien *epistolæ*, es decir, respuestas á las consultas sobre los puntos de derecho privado que se les hacian: de estos diferentes modos de expresar los príncipes su voluntad y de su fuerza respectiva hablaremos el comentar las *Instituciones de Justiniano*.

(1) §. 6 del tit. II, lib. I de las *Inst.*
(2) LI, 19; LIII, 18, 28, 32, y LIV, 10.
(3) *Hist.* IV, 3.
(4) §. 5 del *Com.* I.
(5) Giraud.

No son menos interesantes las modificaciones que en este período experimentó el derecho no escrito: la costumbre tuvo igual fuerza que en el precedente; mas los edictos de los magistrados y las respuestas de los jurisconsultos sufrieron alteraciones notables.

Los cambios que los pretores y los ediles en Roma, y en las provincias los procónsules y los propretores hicieron á veces en los edictos que habian adoptado como regla al encargarse de sus jurisdicciones, fueron, segun dice Dion Casio (1), la causa de la ley Cornelia (año 687). Esta ordenó que los magistrados se arreglasen á las bases que habian fijado al entrar en sus cargos, *ut prætores ex edictis suis perpetuis jus dicerent*; principio admitido generalmente antes por el uso, aunque no siempre observado: desde entonces el derecho honorario adquirió una fijeza de que antes carecia, si bien á pesar de la ley los edictos aun estuvieron expuestos á alteraciones. Estos edictos, como una de las principales fuentes del derecho privado, fueron objeto de enseñanza y de trabajos literarios, en que al paso que se prescindia de todo lo anticuado ó caido en desuso, se exponian con método máximas, que por razon de los diversos asuntos á que se referian y de las distintas épocas en que se dictaron, parecian incoherentes. Servio Sulpicio, contemporáneo de Ciceron, fué el primero que emprendió esta obra publicando un extracto del edicto del pretor, tarea oscurecida muy pronto despues por otra mas completa de su discípulo Ofilio (2). Pero el libro mas importante acerca del derecho pretorio es el que en tiempo del emperador Adriano publicó con el nombre de *Edictum perpetuum* Salvio Juliano (año 131). Diferentes son las opiniones acerca de si esta obra fué trabajo particular del ilustre jurisconsulto, ó llegó á estar revestida de carácter legislativo. Dos constituciones de Justiniano (3) vienen en apo-

(1) XXVI, 23.
(2) §. 44, ley 2.ª, tít. II, lib. I del *Dig.*
(3) §. 18, ley 2.ª, y §. 18, ley 3.ª, tít. XVII, lib. VII del *Cod. repet. præl.*

yo de los que sostienen que no era un mero comentario particular, sino que por el contrario, hecho bajo los auspicios de Adriano, habia sido aprobado por un senado-consulto: esta opinion nos parece la mas probable. Mayor dificultad presenta, á nuestro modo de ver, otra cuestion que está intimamente enlazada con la precedente, á saber, si despues de la publicacion del edicto de Salvio Juliano permaneció subsistente en los magistrados la facultad de dar edictos. Esta quedó en nuestro concepto muy minorada, ó si se quiere parcialmente extinguida; pues no es de creer que con el solo objeto de que el edicto fuera ley por un año, se le diera la importancia de la sancion imperial y de la confirmacion del senado: asi es que en los puntos que comprendia, los actos de magistratura debian de subordinarse á la expresion de la voluntad soberana; mas esto no limitaba el antiguo derecho que tenian los magistrados respecto á lo no expresado en el edicto, y para añadir disposiciones accesorias ú otras nuevamente exigidas por las circunstancias; de este modo conciliamos los textos antiguos con las *Instituciones* de Cayo (1), que suponen existente esta importante atribucion de la magistratura romana. El edicto perpétuo de Salvio Juliano fué objeto de diferentes comentarios, siendo el mas notable uno del célebre Ulpiano: hoy solo quedan algunos fragmentos de esta obra legislativa.

La grande influencia que ejercian los jurisconsultos por la popularidad y la importancia de su profesion debió inspirar recelos á Augusto, que por medios indirectos, y colmando de honores á los mas preeminentes, procuró rebajar la consideracion general de que gozaban. En tiempo de la república todos tenian igual autoridad para responder en derecho á los que los consultaban; mas Augusto autorizó á algunos para que lo hicieran en su nombre, siendo sus respuestas obligatorias para los jueces: de aqui nació una gran separa-

(1) §. 6. *Com.* I.

cion entre los jurisconsultos; los unos privilegiados y con un carácter público, al mismo tiempo que los demás quedaron colocados en una escala muy inferior. Desde este tiempo se llamó á los jurisconsultos autorizados *juris auctores* ó *conditores*. Adriano señaló de un modo mas preciso el grado de autoridad de sus respuestas: cuando los jurisconsultos estaban unánimes, tenia su opinion fuerza de ley; mas si habia divergencia, debia entonces el juez conformarse con el dictámen que mas equitativo le pareciera (1). Por el contrario, las decisiones, consejos y escritos de los jurisconsultos no autorizados, solo tenian la influencia que les daba la mayor ó menor opinion de hombres versados en la ciencia de que gozaran sus autores, y para que llegaran á tener fuerza de ley se necesitaba que la costumbre viniera á sancionarlos.

Concluiremos observando, que si bien hemos considerado los edictos de los magistrados y las respuestas de los jurisconsultos como parte del derecho no promulgado, no puede negarse que despues de la publicacion del Edicto perpétuo, el derecho honorario pasó á ser escrito, al menos en su parte principal, y que entraron tambien á formar parte del mismo las respuestas de los jurisconsultos privilegiados. Quedaron sin embargo como derecho no escrito, tanto las adiciones que los pretores hacian en su album que no estaban comprendidas en el edicto de Salvio Juliano, como las doctrinas de los demás jurisconsultos que llegaban á formar derecho en los términos que expusimos en el período precedente.

§. III.

ESTADO DEL DERECHO AL FIN DEL TERCER PERÍODO.

Al paso que los derechos políticos de los ciudadanos desaparecen bajo el despotismo de los Césares, se va consu-

(1) Cayo §. 7. *Com.* I de sus *Inst.*

mando en el derecho civil la revolucion lenta y concienzuda que habia inaugurado la institucion de los pretores. El apogeo á que llegó la ciencia en este periodo, da al Derecho Romano el carácter eminentemente social, que le ha granjeado la dominacion del mundo. A las reglas duras y exclusivas de las anteriores épocas reemplazan otras mas conformes á la justicia universal, comunes á todo el género humano y mas adecuadas á un imperio que se componia de naciones tan diferentes. Sin embargo, el respeto á los antiguos principios hace que aun sean estos proclamados, y puede decirse con Ortolan que el recuerdo de las instituciones antiguas y la realidad de las nuevas forman el carácter principal del Derecho en el célebre período de que tratamos.

Las *Pandectas* pueden ser consideradas como la expresion del derecho privado de la época, pues que á ella pertenecen la mayor parte de los jurisconsultos, cuyos fragmentos sirvieron para formarlas; pero lo son aun mas las obras que hoy poseemos de Ulpiano, de Paulo y de Cayo; que no han pasado por las mutilaciones y alteraciones que Triboniano y sus compañeros se permitieron hacer en el *Digesto*.

Una célebre constitucion de Antonino Caracalla, en que para hacer mas productivas al tesoro sus exacciones fiscales dió el derecho de ciudadanos á todos los hombres libres que habitaban en el imperio (1), destruyó en gran parte las diferencias antiguas que separaban á unos súbditos de otros, si bien dejó subsistentes las que habia entre los manumitidos que adquirian la libertad romana, y los dediticios y los latinos junianos, diversidad introducida en este periodo por las leyes Elia Sencia (año 757) y Junia Norbana (año 771). La ley Julia (año 557) y la Papia Popea (año 762) para alentar al matrimonio, premiar la paternidad y castigar al celibato, introdujeron diferencias notables que hacian desiguales á los

(1) Me conformo al hablar de esta constitucion á la opinion generalmente recibida, si bien debo advertir que ni su carácter ni su extension son suficientemente conocidos. La opinion de Haubold, que ha escrito sobre este punto una disertacion erudita, no me parece admisible.

ciudadanos, especialmente en las adquisiciones por testamento.

El influjo de la civilizacion penetra aun mas en la condicion de la familia: ya no tiene el padre la libertad ilimitada de enajenar al hijo; este empieza á tener una personalidad propia de que antes carecia, pues que puede adquirir en hueste (*peculium castrense*) sin consideracion á la persona del jefe de la familia. La dignidad de la mujer se ennoblece considerablemente, porque la tutela en que antes estaba, si bien casi nominal, se extingue por la maternidad, y á veces por el privilegio del príncipe. Ya no se habla de gentiles ni de clientes.

Los esclavos ven mejorarse su condicion: el dueño pierde el derecho de matarlos, y aun de castigarlos con demasiado rigor, puesto que el magistrado oye sus quejas, y que pueden en algunos casos ser libres sin la voluntad de su dueño. Pero al mismo tiempo la ley Elia Sencia, la Julia Norbana y la Furia Caninia (año 771), ó cohiben las manumisiones, ó privan de la ciudadanía á muchos de los manumitidos, con el deseo de evitar los abusos que la depravacion de las costumbres y la inmoralidad de las luchas civiles habian introducido.

La tutela de los huérfanos adquiere la importancia de un cargo público: la ley establece la necesidad de admitirla, fija las escusas y los casos de destitucion de los guardadores, señala las garantías con que debe procurarse la indemnidad del pupilo, y declara la responsabilidad en que incurre el magistrado que falta á sus deberes en punto tan interesante. Roto el rigor antiguo que encerraba en límites tan estrechos la tutela testamentaria, el magistrado confirma á los tutores nombrados por la madre ó por el extraño que ha dado al huérfano la señalada prueba de afeccion de instituirle por su heredero. La curaduría viene á establecerse bajo las mismas bases con la que adoptó Justiniano en el cuarto período.

Respecto á la propiedad, queda aun subsistente la diferencia entre las cosas *mancipi* y *nec mancipi*, y la del suelo

itálico y provincial, pues que la constitucion de Caracalla no extendió al territorio la igualacion que habia hecho de los habitantes de las diversas provincias del imperio.

A los antiguos modos de adquirir se agrega uno nuevo *(caducum et ereptorium)*, en virtud del ministerio de la ley *(ex lege)*, introducido por la ley Papia Popea en ódio de los que no tenian los títulos de esposos y de padres. Desaparece el rigor primitivo que impide las adquisiciones por medio de una tercera persona, y se precisan los casos en que puede enajenar la cosa el que no es su dueño, y por el contrario los en que no está facultado para hacerlo el que tiene la propiedad.

Aunque no está aun fijada la edad de la pubertad, señálase la de catorce años para poder testar, y se extiende la facultad de hacerlo á los hijos de familia que tienen peculio castrense. A pesar de que todos los súbditos del imperio, nivelados ya á los ciudadanos, pueden testar por regla general, no asi aquellos manumitidos que pertenecen á las clases de latinos, junianos y dediticios. El derecho de ser instituidos herederos se extiende por un lado á los póstumos, á los municipios y á algunas divinidades, y por otra se limita por la ley Papia Popea, pues que el célibe no puede recibir nada, á no ser de un pariente próximo, y el que no tiene hijos queda privado de la mitad de lo que se le deja. Al mismo tiempo se fija la manera de proceder en las formas y en la apertura de los testamentos, se hacen mas frecuentes las sustituciones vulgares, se da fuerza á los codilos, se interpretan favorable y extensivamente las últimas voluntades, aunque estén expresadas en fideicomiso, se estimula á los herederos, poniendo en accion su propio interés, para que no repudien las herencias que están distribuidas en mandas, y se emancipa á los legados del rigor de las fórmulas antiguas.

En las sucesiones intestadas, la naturaleza recobra en gran parte sus fueros: los hijos suceden á la madre, y la madre en ciertos casos sucede á los hijos.

A los modos antes conocidos de adquirir una sucesion universal se agregan otros dos: en virtud del primero, el esclavo manumitido en testamento puede aceptar la sucesion vacante; el otro adjudica al dueño del esclavo los bienes de la mujer libre que se ha entregado en los brazos de este.

Auméntase el número de convenciones reconocidas como obligatorias; no se les da sin embargo el nombre de contratos, que queda limitado á las que estaban sancionadas en el derecho civil antiguo y riguroso. Al mismo tiempo se disminuye la importancia de las fórmulas en las estipulaciones, se hace comun la escritura en los contratos, se fija la tasa en la usura, se pone coto á los crímenes que pueden cometer los hijos contra sus padres con el objeto de libertarse de sus acreedores negando á estos toda accion para reclamar, se prohibe que las mujeres se obliguen por otros, y se fijan los límites que separan la venta de la permuta. Por último la estipulacion Aquiliana, la compensacion y la consignacion son nuevos modos de extinguir las obligaciones.

Las antiguas acciones de ley, poco conformes con el carácter de la época, ceden ante el procedimiento por fórmulas: á ciertas personas se les concede el beneficio de no ser condenadas mas que hasta el punto á que sus facultades alcancen.

Las penas se diferencian atendida la diversa condicion de los delincuentes: la de muerte se aplica á los ciudadanos romanos, si bien es mas frecuente la de deportacion con la pérdida de la ciudadanía: á ella está aneja la confiscacion cuando no hay ó descendientes ó patronos llamados á la sucesion: ni el destierro ni la interdiccion de agua y fuego son considerados como penas capitales.

En tiempo de la república la accion de la justicia no estaba concentrada: esto era poco conforme al principio de unidad que por do quier el imperio se afanaba en imprimir. Mas en este período el emperador fué ya considerado como jefe supremo y fuente de la justicia, centro que en último recurso

entendia de las apelaciones, despues que las causas habian seguido el órden gradual de jueces, tramitacion como hemos visto desconocida en los periodos anteriores. Debemos observar por último otra innovacion grave: á las veces el emperador ó los magistrados instruian una causa sin conferir la investigacion de los hechos á los jueces *árbitros* ó *recuperatores*: entonces se llamaba á este procedimiento *extra ordinem cognitio*.

§. IV.

CULTURA DEL DERECHO.

Este tercer período es el de los grandes jurisconsultos y la edad de oro de la jurisprudencia romana. Los sucesos políticos, que hemos reseñado antes, contribuyeron eficazmente á este resultado; pero otras causas hay aun mas inmediatas que vamos á indicar lijeramente.

En los últimos tiempos del período que antecede, con las artes y las letras de la Grecia penetró tambien en Roma su filosofía. Entre sus diversas escuelas, la de los estóicos convenia mas al génio y á las costumbres de los romanos: así es que vemos que todos los hombres mas distinguidos por su posicion y por sus talentos correspondian á esta secta. La severidad de sus principios y la sublimidad de su mision cuadraban muy bien á la raza aristocrática, y aun lisonjeban sus inclinaciones; porque lejos de proclamar esta escuela la abnegacion de los honores, establecia que solo los filósofos debian ser los que gobernaran, porque ellos solos podian hacerlo en utilidad del pueblo: los plebeyos debian á su vez recibir con entusiasmo las máximas estóicas por la justicia ó igualdad que encerraban, y porque abrian el paso á los honores atendiendo al mérito de las personas, no á las razas de que provenian. Grande fué la influencia de la filosofía estóica en la ciencia del Derecho: la jurisprudencia, que hasta enton-

ces se habia limitado al mezquino círculo de las leyes positivas, cuyo carácter exclusivo dejamos bosquejado en la historia de los períodos que preceden, se extendió á la investigacion de los principios de la justicia natural. Así se purificó la legislacion con el auxilio de la moral, y el Derecho, dejando su carácter sombrío y patricio, pasó á ser una ciencia filosófica por la combinacion feliz del elemento racional con el político y el civil.

Contribuyó eficazmente á esta armonía de la filosofía y del derecho la decadencia del politeismo, á pesar de los esfuerzos del gobierno imperial para conservarlo como una arma política. Esta decadencia del culto nacional fué desterrando progresivamente la influencia que habia ejercido sobre el Derecho; y desembarazado este de los ritos religiosos y de las trabas mitológicas buscó en los principios universales máximas mas sólidas y mas beneficiosas á la humanidad.

No fué menos eficaz que las causas que preceden la gran extension de conocimientos accesorios que poseian los jurisconsultos, como lo prueban sus escritos: fué esto efecto en gran parte de la concision de las leyes: el derecho pretorio, acomodándolas á las exigencias de la equidad, abria ancho campo á las investigaciones que debian tener otro fundamento que el de la ley escrita: así es que la filosofía y la doctrina venian á ocupar el tiempo que en las legislaciones complicadas necesitan la exégesis y los precedentes (1). Libre de la aridez de estos últimos estudios, que hoy requieren la vida entera de un hombre, podia el jurisconsulto dedicarse á otras investigaciones y á otras ciencias que ensancharan el círculo de sus ideas: así vemos cuán aventajados eran en la literatura, en la filosofía y en la política; por esto sin duda consideraba Ulpiano á la jurisprudencia como la enciclopedia de los conocimientos humanos: *divinarum atque humanarum rerum notitia.*

(1) Giraud.

Digno es de notar, como observa Hume, que cuando la ciencia declinaba entre los romanos, cuando todas las escuelas de filosofía estaban inficionadas por la supersticion y por los sofistas, cuando los poetas y los historiadores escribian en un estilo bárbaro, los jurisconsultos conservaran el mismo buen sentido en sus razonamientos y en sus decisiones, y la misma pureza de lenguaje en sus escritos, que en la época mas floreciente de las letras. Debe atribuirse esto á las diferentes razones combinadas de que los jurisconsultos pertenecian á la clase mas instruida que habia en Roma, de que su ciencia era en cierto modo indígena, pues que no habia sido cultivada por los griegos, y por último, á la tendencia natural que tenian de conservar las instituciones antiguas, tendencia que hace casi ininteligibles las obras de derecho escrito en idiomas que empiezan á formarse (1).

La enseñanza oral del Derecho, es decir, la separacion del estudio de la teoría del de la práctica, que es de este período, influyó tambien en los progresos de la ciencia. Escasas son las noticias que tenemos acerca de la extension de este estudio, de los métodos de enseñanza y de las prescripciones académicas; pero es indudable que habia establecimientos públicos en que se aprendia el Derecho, y que entre ellos los de Roma eran los principales, ó al menos los mas privilegiados (2): los profesores eran retribuidos por los discípulos, y á veces exigian el honorario de las lecciones antes de empezarlas (3).

Grande fué la fecundidad de la literatura de los jurisconsultos que florecieron en este período, ya interpretando los orígenes del Derecho, ya escribiendo tratados elementales (*Instituciones*, *Regulæ*, *Definitiones*, *Enchiridia*), ó tratados sistemáticos (*Libri juris civilis*), ya comentando á otros jurisconsultos que les habian precedido, ya publicando monogra-

(1) Hugo.
(2) §. 12 de la ley 6.ª, tít. I, lib. XXVII del *Dig.*
(3) §. 5 de la ley 1.ª, tít. XIII, lib. I del *Dig.*

fias ó tratados especiales sobre algunos ramos, ya colectando decisiones particulares (*Responsa, Epistolæ, Casus enucleati*), ya controvertiendo los casos dudosos (*Quæstiones, Disputationes*), y ya por último comprendiendo escritos diferentes (*Libri variarum lectionum, membranarum, differentiarum, rerum quotidianarum*) (1).

Los jurisconsultos mas distinguidos de este período, anteriores á Augusto, son: Quinto Mucio Scévola, hijo del pontífice y primo del augur, que llevaban el mismo nombre, de los que hablamos en el período antecedente, y al que Pomponio (2) nos presenta como el primer escritor didáctico del Derecho; Aquilio Galo, Marco Tulio Ciceron, Servio Sulpicio Rufo, Alfeno Varo, Ofilio, Trebacio Testa, Cascelio, Tuberon, Elio Galo y Granio Flaco.

En tiempo de Augusto los jurisconsultos autorizados para contestar á los puntos de Derecho acerca de que eran consultados, se dividieron en dos escuelas ó sectas, que sustentaban en ciertos puntos opiniones diferentes. Marco Autistio Labeon y Cayo Ateyo Capiton, jurisconsultos rivales, fueron, se puede decir, sus fundadores. Labeon, hijo de un jurisconsulto que habia sellado con su sangre el amor á las instituciones republicanas, heredó un ódio implacable contra el destructor de las antiguas instituciones de Roma. Dedicado no solo al estudio del Derecho, sino tambien al de las demás ciencias, no se contentó con adherirse ciegamente á la autoridad de sus antecesores, sino que se elevó á miras mas altas y trasportó al Derecho conocimientos que habia adquirido en otros ramos del saber humano. Capiton, por el contrario, cortesano de Augusto y de Tiberio, buscaba las tradiciones antiguas y los respetables nombres de sus maestros para sostener una reputacion que le tuviera al nivel de la de su contrario. Aunque jefes ambos de dos sectas célebres, no les dieron su nombre; esto quedó reservado á sus discípulos res-

(1) Mackeldey, Giraud.
(2) §. 41 de la ley 2.ª, tít. II, lib. I del *Dig.*

pectivos, que con igual ardor sostuvieron las opiniones de sus preceptores. La secta de Labeon se llamó de los Proculeyanos ó Pegasianos, y la de Capiton la de los Sabinianos ó Casianos. Nosotros no hallamos un punto capital de division entre estas escuelas, ó una teoria fundamental diferente que las separe, y que sea, digámoslo así, la clave de la resolucion de las cuestiones debatidas: no vemos trasladada en las opiniones divergentes la diferencia de principios y de carácter que se atribuye á sus fundadores, ni podemos decir que los Sabinianos fueran partidarios ciegos de la antigüedad, ni que los Proculeyanos trataran de sustituir las reglas de la equidad á las del derecho positivo. Quizá la falta de datos que hoy tenemos nos haga ver esta cuestion de diverso modo que la consideraron los antiguos: fácil es tambien que corriendo el tiempo se mitigase la naturaleza de las disputas, y que viniera á parar la antigua separacion en cuestiones de menor importancia, sostenidas por los respectivos discípulos que se sucedieron por mas de dos siglos, y que no fueron tan inflexibles como los jefes de sus escuelas.

Los principales jurisconsultos de estas sectas (1) desde el imperio de Augusto hasta el de Adriano son:

Sabinianos.	Proculeyanos.
Cayo Ateyo Capiton.	Cayo Anstitio Labeon.
Masurio Sabino.	Nerva, padre.
Cayo Casio Longino.	Próculo.
Prisco Javoleno.	Nerva, hijo.
Alburno Valente.	Pegaso.
Tusciáno ó Tuscio Fusciano.	Juvenio Celso, padre.
Salvio Juliano.	Celso, hijo.
	Neracio Prisco.

Desde el imperio de Adriano ya no están tan marcadas las sectas, sin embargo de que aun aparecen vestigios de ellas. Así vemos que Cayo (2) nos dice que pertenece á la secta de los Sabinianos; pero como quiera que sea, al fin de este período ya habian desaparecido.

(1) §. 45 de la ley 2.ª, tít. II, lib. I del *Dig.*
(2) §. 195, Com. II de sus *Instituciones.*

La secta intermedia que algunos suponen que nació en tiempo de Adriano con el nombre de *erciscundi* ó *miscelliones*, nunca ha existido: un error del ilustre Cujas dió nacimiento á esta opinion.

Los jurisconsultos notables posteriores á Adriano son: Tarunteno, Paterno, Mauriciano, Papirio Justo, Terencio Clemente, Volusio Maĉiano, Emilio Macer, Calistrato, Trifonino, Ulpio Marcelo, Sexto Cecilio Africano, Elio Marciano, Pomponio, Cervidio Scévola, Cayo, Emilio Papiniano, Domicio Ulpiano, Julio Paulo y Modestino. Menos célebres que estos fueron Tertuliano, Rutilio, Máximo, Licinio Rufo, dos ó tres Saturninos, Arrio Menandro, Furio Antiano y Florentino (1).

En el deber de concision que nos impone nuestra tarea, no podemos descender á dar noticias biográficas y bibliográficas de todos los jurisconsultos cuyos nombres dejamos apuntados, y asi nos limitamos á hacer sucintamente las de Cayo, de Papiniano, de Ulpiauo y de Paulo, que por su importancia en la historia de la ciencia merecen de justicia este privilegio.

Cayo ó Gayo, cuyos otros nombres son tán desconocidos como su vida, escribió en los imperios de Antonino Pio y de Marco Aurelio. Fué autor de diferentes obras que sirvieron para la redaccion de las *Pandectas*; pero la mas célebre de todas es la de sus *Instituciones*, sobre las que algunos siglos despues se modelaron las de Justiniano. El descubrimiento de un palimsesto en Verona en 1816 por Niebuhr restituyó á la ciencia tan importante obra, y se puede decir que ha causado una revolucion en los estudios histórico-jurídicos.

Papiniano, natural de Fenicia, amigo y ministro del emperador Septimio Severo, fué no menos célebre por su virtud que por sus talentos. Encargado por el príncipe al espirar que procurase mantener entre sus hijos la armonía, sus esperanzas fueron frustradas hasta el punto de ver á Geta asesinado por su hermano. Negándose á hacer la apología de este

(1) Asi tambien los clasifica Mackeldey.

horrendo crímen, fué asesinado por órden de Caracalla. Los libros de cuestiones, de respuestas, y de definiciones son los mas notables de sus obras.

Paulo llegó á ser prefecto del pretorio y escribió diferentes obras: la mas apreciada fué la que tituló *Sententiarum receptarum, libri V*, cuyos fragmentos han llegado á nosotros.

Contemporáneo, y tan distinguido como Paulo por su talento y su doctrina, fué Ulpiano, que tambien desempeñó la prefectura del pretorio, escribió como él y dejó una obra elemental, que poseemos en parte con el nombre de *Liber singularis regularum* ó *Fragmenta Ulpiani*. Pereció este jurisconsulto víctima de una insurreccion militar.

CUARTO PERIODO.

Desde Alejandro Severo hasta Justiniano.

Años desde el 250 al 550 de la era vulgar.

§. I.

RESEÑA DE LA HISTORIA POLÍTICA.

La mas espantosa anarquía sucede á la muerte del emperador Alejandro Severo. La indisciplina y la avaricia de los soldados convierten la púrpura imperial en un objeto de tráfico, y elevan al sólio y precipitan de él á los príncipes segun place á su desenfreno: diez y seis emperadores, que perecen violentamente y veintinueve pretendientes devastando á la vez las provincias y destruyéndose unos á otros, forman el compendio de la historia de los cincuenta años de confusion que median entre Alejandro Severo y Diocleciano (1).

Dos grandes acontecimientos, nacidos ambos en el período que antecede, y continuados en medio de las devastaciones que agitaron el imperio durante los años que acabamos de reseñar, llaman preferentemente la atencion por la grande influencia que van á ejercer en los destinos del mundo y en las relaciones jurídicas de los hombres: estos acontecimientos son

(1) Los emperadores que se suceden en el poder supremo en esta época calamitosa son Julio Maximino (año 235); Gordiano I y Gordiano II y un mes despues Máximo Papiano y Balbino (año 237); Gordiano III (año 238); Julio Filipo, apellidado el Arabe, que asoció al imperio á un hijo de su mismo nombre (año 244); Decio (año 249); Galo Hostilio y Volusio (año 251); Emiliano (año 253), y dos meses despues Valeriano I y Galieno; Galieno solo (año 260); Claudio II (año 268); Aureliano (año 270); Tácito (año 275); Floriano (año 276), y tres meses despues Probo, Caro, Carino y Numeriano (año 282), y por último Carino y Numeriano solos (año 283).

la propagacion del cristianismo y la invasion de los bárbaros en las provincias del imperio.

La impiedad habia invadido á la sociedad romana: la filosofía miraba con desprecio al politeismo, y las clases mas importantes le habian vuelto la espalda: este sin embargo existia como una institucion pública, y estaba incrustado, digámoslo así, en las tradiciones y en los hábitos de la época: los emperadores, que solo veian en él un medio de gobierno y un freno para mantener sumisa á la multitud, procuraban á todo trance sostenerlo, y darle como jefes del culto la direccion que fuera mas conforme á sus bastardos intereses.

Ya en tiempo de Tiberio habia comenzado á propagarse una religion que debia al fin triunfar de cuantas persecuciones y obstáculos se opusieran á su marcha triunfadora. Los apóstoles predicaban una regeneracion social, en que el principio de la fraternidad é igualdad iba á estar en pugna con las instituciones establecidas. El paganismo romano era tolerante por su misma índole: dando cabida, elevando altares y destinando sacerdotes á las deidades de los pueblos incorporados y vencidos, no arriesgaba la homogeneidad de su culto ni su política religiosa: la unidad de Dios era el solo dogma que podia ponerse en pugna abierta con un politeismo de tan pocas exigencias, porque era el único principio que lo contradecia. Esta oposicion tan encontrada, la separacion que hacia el cristianismo entre el Estado y la Iglesia, la independencia del poder temporal en la eleccion de los nuevos sacerdotes, y quizá mas que todo, el horror (1) con que desde los mas remotos tiempos habian mirado los romanos las reuniones nocturnas y de carácter misterioso y secreto, son las principales causas que explican las encarnizadas persecuciones fulminadas contra una secta desarmada y pacífica por un gobierno hasta entonces siempre tolerante en materias religiosas. En esta lucha entre las antiguas y las nuevas creencias,

(1) David Irving

los jurisconsultos se pusieron de la parte del poder y de las instituciones, ó bien llevados del principio que les habia hecho siempre respetar lo antiguo, aun al mismo tiempo que por medios ingeniosos lo destruian, ó bien por una especie de rivalidad, pues que ya entreveian que la nueva religion con la sencillez de su moral iba á hacer menos importante la filosofía.

Coincidieron con la propagacion del cristianismo las invasiones de las tribus bárbaras del Norte, que las armas romanas no podian contener. Con ellas se abren en la historia las páginas sangrientas que cambian el aspecto del mundo, y que empezando por introducir una ansiedad general, destruyen la seguridad, fomentan la anarquía y el despotismo, y concluyen por sumir á los pueblos en la barbarie. Vencedores ó vencidos, los bárbaros son siempre enemigos formidables: los mismos medios que emplean los emperadores para evitar sus incursiones, les sirven de aliciente para emprenderlas. Esta calamidad que habia comenzado ya en tiempo de los Antoninos, no podia menos de tomar cuerpo en medio de la debilidad y de las luchas intestinas del imperio.

En circunstancias tan críticas, elevado al sólio Diocleciano (año 284), logra constituir un gobierno estable; pero al mismo tiempo hace desaparecer las formas republicanas, sustituyéndoles las de una monarquía pura; reemplaza las antiguas magistraturas con otras de creacion imperial, é introduce el lujo y la pompa de Oriente, que tan bien decian al despotismo que ya se habia desenmascarado. Para libertar al Estado del yugo de las sublevaciones militares, prevenir las usurpaciones de los gobernadores y de los generales y hacer el gobierno mas accesible á los pueblos, establece que el poder resida en cuatro príncipes, dos Augustos y dos Césares: estos últimos son elegidos por los primeros, á los que están subordinados. Consiguiente á esto asoció como Augusto á Maximiano, y á Constancio y Galerio como Césares (año 286). Bien pronto enseñó la experiencia que la anarquía no se habia

cortado por este medio, sino que solo habia cambiado de terreno, reemplazando á los motines militares las guerras de los Augustos y los Césares para apoderarse cada uno esclusivamente de la diadema, pues poco despues de renunciar Diocleciano la púrpura, seis príncipes se disputaban á la vez el supremo poder, Galerio, Licinio y Maximino en Oriente, y Maxencio, Maximiano y Constantino en Occidente (año 307), hasta que la muerte de uno de sus rivales y las victorias que consiguió sobre otros hicieron á Constantino dueño absoluto del imperio (año 314).

Constantino era el destinado á levantar el edificio cuyos cimientos habia echado Diocleciano; proclamando el cristianismo como ley del Estado, trasladando á Bizancio la residencia imperial y cambiando todas las formas de la administracion pública, dió, ó por mejor decir, fijó la fisonomía política que distingue el cuarto período de los que le anteceden. Oportuno es este lugar para indicar la influencia política de tales acontecimientos y la nueva constitucion del Estado.

Los emperadores desde la adopcion del cristianismo tomaron una parte importante en el gobierno de la Iglesia: así los vemos ya convocando concilios, ya mezclándose en los reglamentos concernientes á la religion, ya dando fuerza coactiva á las disposiciones canónicas, ya proveyendo al sostenimiento del culto, ya á la edificacion de los templos. En el celo entusiasta que los anima por la nueva creencia, dotan con rentas perpétuas á la Iglesia, le aplican la capacidad de adquirir que se habia antes otorgado á los dioses de la gentilidad, le dan la sucesion de los eclesiásticos que mueren *ab intestato* y sin parientes, que correspondia antes al fisco, y por último declaran inenajenables é imprescriptibles los bienes que posee. Organizando la costumbre que durante las persecuciones habia prevalecido entre los cristianos, por consecuencia de un consejo del apóstol San Pablo, de terminar sus diferencias por medio de árbitros elegidos entre las personas mas considerables de la Iglesia, sancionan las decisiones arbitrales de

las audiencias episcopales sobre materias puramente civiles, echando así los cimientos de la jurisdiccion eclesiástica, que en los siglos medios debia desenvolverse en toda su extension. Unido esto á las funciones que confian á los eclesiásticos de estirpar á los enemigos de la religion y á los herejes, y á otras muchas medidas adoptadas con el fin de ligar la sociedad eclesiástica con la civil, hace conocer como en realce el cambio grande que por consecuencia de la variacion de culto se verificó en el imperio.

Al mismo tiempo las ideas asiáticas debian naturalmente desenvolverse como resultado de la traslacion de la residencia imperial. Diocleciano, dejando de habitar en Roma, allanó á Constantino el paso para la fijacion definitiva de la sede en Bizancio, á que denominó Constantinopla: el gobierno, los derechos y los privilegios de la nueva Metrópoli son análogos á los de la antigua ciudad; y aunque la lengua latina continúa siendo la oficial, ya se divisa que la griega debia venir á reemplazarla.

La administracion pública sufre un cambio radical: son separadas las atribuciones militares y civiles; al despotismo militar sucede el áulico; los generales vienen á ser subalternos de los cortesanos; cesa la intervencion de las altas magistraturas en los negocios públicos, y el imperio es de hecho el patrimonio del príncipe, señor de las personas y de las fortunas de sus súbditos.

Desaparecen hasta los nombres de casi todas las antiguas autoridades que traian á la memoria la libertad perdida: el senado queda reducido al inferior rango de un cuerpo municipal, se crea otro con iguales funciones en la nueva capital del imperio, y se quitan de los estandartes militares las iniciales S. P. Q. R., que recordaban la gloria del senado y del pueblo que habia dominado á las naciones. Consérvase aun el nombre de los cónsules, pretores y cuestores; pero el consulado se limita á dar autenticidad á ciertos actos y á ser objeto de la ambicion de cortesanos estúpidos y envilecidos: la pre-

tura, despojada de la jurisdiccion, es convertida en una superintendencia de espectáculos, y la cuestura es un mero título honorífico.

En el nuevo sistema, el príncipe reasume todos los poderes; los funcionarios públicos son meros delegados suyos; legislador único, juez supremo y administrador del imperio, no está ligado á las leyes, es la ley viva. Al lado del emperador hay un consejo *(consistorium principis)*, creacion de Adriano, como hemos visto al tratar del período precedente, y que era convocado, presidido y disuelto por el príncipe. Sus miembros se llamaban *comites consistoriani* (1).

Constantino divide el imperio en las cuatro grandes prefecturas de Oriente, de Iliria, de Italia y de las Galias: al frente de cada una de ellas hay un prefecto del pretorio; bajo la direccion de cada prefecto hay diferentes diócesis gobernadas por vice-prefectos, llamados ya vicarios, ya procónsules. Las diócesis se subdividen en provincias, á cuyos magistrados se denomina *rectores*, *consulares*, *præsides*, *correctores*. Roma y Constantinopla no estaban comprendidas en esta division, y tenian prefectos particulares. La jerarquía administrativa es arreglada con diligencia y castigados severamente los que usurpan un rango que no les pertenece (2). En la clase superior están los *illustrissimi* ó *nobilissimi*, título que se da á los miembros de la familia imperial y á aquellos á quienes el príncipe concede esta alta dignidad: siguen á estos los *patricii (excelsi viri, sublimis honor)*, personas elegidas por el emperador como consejeros íntimos (3). Los funcionarios públicos y los del palacio están clasificados segun su dignidad en *illustres*, *spectabiles*, *clarissimi*, *perfectissimi* y *egregii*: á los cónsules se les da el dictado de *excellentissimi* (4).

Entre las nuevas dignidades creadas en esta época, debemos hacer mencion del cuestor del palacio imperial *(quæstor*

(1) Tít. X, lib. XII del *Cód.*
(2) Tít. VIII, lib. XII del *Cód.*
(3) Tít. III. lib. XII del *Cód.*
(4) Id.

sacri palatii), que venia á ser el gran canciller del imperio encargado principalmente de la conservacion de las leyes, de la redaccion de las nuevas, y de preparar y de comunicar los rescriptos: de los jefes militares (*magistri militum*), que despues que Constantino suprimió las guardias pretorianas y separó la administracion civil de la militar, sucedieron á los prefectos del pretorio en el mando de las armas; y por último de los comprendidos bajo de la denominacion de *palatini*, que con diferentes denominaciones estaban adictos al palacio del príncipe. La separacion de la autoridad militar y civil fué precursora de una reduccion considerable en el ejército, y de que empezaran á entrar en él bárbaros y gentes aventureras á sueldo del erario: los grados militares se debieron en este período mas al favor cortesano que á los servicios castrenses.

Tantos cambios no podian menos de hacerse sentir en el sistema de los tributos. A los que existian se agregaron otros nuevos, y se renovaron algunos que ya habian desaparecido, que fueron no menos onerosos por la cuota que por el modo de exigirlos. El tesoro público (*ærarium*), se confundió con el militar ó privado (*fiscus*), y tanto la recaudacion de los impuestos como el pago de los gastos públicos estaba al cuidado del conde de las liberalidades imperiales (*comes sacrarum largitionum*).

A Constantino I, denominado el Grande, sucedieron sus tres hijos: Constantino II, Constancio y Constante (año 337); pero el poder supremo vino á concentrarse algunos años después en Constancio, quedando asi otra vez la soberanía en las manos de un solo emperador (año 350) (1).

Juliano, asociado por Constancio al imperio como César (año 355), fué elevado al trono á favor de una insurrecion militar. Sus grandes cualidades como guerrero y como filó-

(1) Constantino II pereció en una emboscada preparada por Constantino en la guerra que la ambicion le habia hecho promover (año 340); Constante murió en una insurreccion militar (año 350). No comprendemos en la cronologia de los emperadores á Magnencio y Vetrabio, usurpadores de la púrpura imperial, vencidos por Constancio.

sofo no le impidieron desconocer su época como político. Trató de restablecer el politeismo, creyéndolo un medio de volver á las instituciones antiguas; sus virtudes y su amor á la justicia le dejan sin embargo un nombre ilustre en la historia. Joviano (año 363), restableciendo como ley del Estado la religion cristiana, destruyó la obra de reaccion que Juliano habia intentado: su muerte, acaecida en el octavo mes de su elevacion al sólio, fué seguida de una série de emperadores que gobernaron conjuntamente el Estado, dividiendo entre sí las provincias, como lo habian hecho sus predecesores que estuvieron asociados en la púrpura, hasta que se hizo la division del imperio de Oriente y Occidente entre los hijos de Teodosio (1).

La division del imperio no fué tan absoluta que destruyera todos los vínculos de unidad que existian entre los dos nuevos estados. Así vemos que las leyes eran promulgadas á nombre de los dos emperadores, de tal modo que á veces solo por el lugar en que están dadas puede venirse en conocimiento de quien fué el que las promulgó. Cierto es que una constitucion de Teodosio II previno que las leyes publicadas en un imperio solo valieran cuando lo fueran en el otro; pero tambien lo es que la promulgacion siempre se verificaba.

Arcadio y Honorio (año 395) fueron los primeros emperadores de los dos nuevos estados. La debilidad de Honorio se trasmitió á sus sucesores: las naciones bárbaras del Norte y del Este de la Europa, extendiendo cada dia mas sus invasiones, concluyeron por destruir el imperio de Occidente (año 476).

Odoacro, proclamado rey, fué destronado por Teodorico fundador del reino de los Ostrogodos en Italia. Los emperadores de Oriente, aunque se habian manifestado tan débiles

(1) La série de los emperadores de esta época es: Valentiniano y Valente (año 464); Valentiniano I, Valente y Graciano (año 367); Valente, Graciano y Valentiniano II (año 375): Graciano y Valentiniano II (año 378); Graciano, Valentiniano II y Teodosio I (año 379); Valentiniano II, Teodosio I y Arcadio (año 383); Teodosio I, Arcadio y Honorio (año 392)

y tan egoistas durante estas catástrofes, nunca renunciaron á sus pretensiones sobre el Occidente, y ya veremos que la suerte fué propicia á las armas del imperio en tiempo de Justiniano (1). El imperio continuó llamándose romano.

Zenon dominaba en Oriente cuando el imperio de Occidente dejó de existir; en los estrechos límites que nos hemos trazado, no debemos detenernos en Anastasio (año 491) y en Justino (año 518), que fueron despues de él revestidos con la púrpura imperial. Mas el imperio de Justiniano (año 527), por la grande importancia que tiene en la historia del Derecho, exige una lijera reseña.

Justiniano, este príncipe ilustre, objeto de tantas alabanzas y de tantos vituperios, tracio segun unos, y segun otros ilirio, diferencia nacida de que el pueblo de su nacimiento y el de su primera educacion estaban en los confines de Tracia y de Iliria, fué adoptado por su tio Justino, que desde la clase de soldado por su valor habia llegado á las mas altas dignidades, y por último á ceñir la diadema imperial. Bajo tan poderosa influencia, pronto llegó Justiniano á obtener los puestos mas distinguidos del Estado. y vió abierto su paso al sólio cuando Justino le nombró César y le asoció al imperio en las kalendas de Abril de 527.

Cuatro meses despues ocurrió el fallecimiento de Justino, y Justiniano ascendió al trono acompañado de su esposa Teodora, que se habia dado en espectáculo en el teatro y en

(1) La sucesion cronológica de los emperadores en el período que medió desde Arcadio y Honorio hasta la destruccion del imperio de Occidente, es esta:

Oriente.	AÑOS DE JESUCRISTO.	**Occidente.**	AÑOS DE JESUCRISTO.
Arcadio	395	Honorio	395
Teodosio II	408	Valentiniano III	424
Marciano	450	Avito	455
Leon I	457	Mayoriano	457
. . . .		Severo	461
. . . .		Antemio	467
. . . .		Olibyrio	472
		Glicerio	473
Leon II	474	Julio Nepote	474
Zenon	474	Augúntulo	476

el circo, y que habia habitado un pórtico de prostitucion en Constantinopla.

Triste era la situacion del Estado al ser Justiniano revestido con la púrpura. El Africa, la España, las Galias, la Italia, todo lo que habia formado el imperio de Occidente, estaba en poder de las naciones bárbaras que lo habian invadido: el vándalo, el godo, el wisigodo, el borgoñon, el ostrogodo y otras tribus provenientes del Septentrion se enseñoreaban de las mas hermosas provincias que formaban en otro tiempo la dominacion de Roma. En los mismos límites asiáticos del imperio de Oriente, los persas aprovechándose de la debilidad general se habian hecho formidables.

En la situacion interior del imperio se retrataba tambien la degradacion que le habia privado del ascendiente que en otro tiempo ejerciera sobre las demás naciones. Las cuestiones religiosas envenenaban todos los ánimos, y subdividian á los cristianos en sectas, que mútuamente condenaban como errores sus doctrinas: los colores que en el circo tomaban los que disputaban el premio habian dado origen á las facciones de los blancos, encarnados, azules y verdes, que vinieron á parar en partidos políticos rencorosos.

Mas feliz fué Justiniano en sus empresas guerreras que en su política interior: á las grandes cualidades de sus generales Belisario y el eunuco Narses debió este resultado: sus armas vencedoras destruyeron el reino de los vándalos en Africa, que volvió á ser una prefectura del imperio; sucedió á esta conquista la de Sicilia y despues la de Italia, que quedó erigida en un exarcado, cuya capital era Ravena. No fué igual el éxito de sus guerras con los persas: comprándoles la paz excitó mas su codicia, y para evitar sus incursiones hizo tributario de ellos al imperio, conducta que siguió tambien con los hunos, con los sarracenos y con otros pueblos bárbaros, con el objeto ya de obtener la paz, ya de aprovecharse de sus servicios militares.

Las cuestiones interiores encontraron en Justiniano, ó un

partidario ciego, ó un enemigo obstinado; en lugar de ser el regulador entre todas las facciones, vino á ser el instrumento de algunas. En el ardor con que abrazó la causa ortodoxa fulminó persecuciones contra cuantos de ella estaban separados. Su parcialidad por los azules, unida á las exacciones del prefecto del pretorio Juan y de Triboniano, cuestor del palacio imperial, dió lugar á una insurreccion de los verdes (año 532) que le hubiera costado el trono y la vida, si Belisario y Mundo, gobernador de la Iliria, no hubiesen llegado oportunamente para libertarle de sus enemigos despues de una matanza de treinta mil habitantes de Constantinopla, y para proporcionarle el desquite de hacer decapitar á dos individuos de la familia que era proclamada y arrojar sus cadáveres al Bósforo.

Pesado fué tambien el gobierno de Justiniano por la enormidad de los impuestos, que empleaba ya en satisfacer los tributos á los bárbaros, ya en los magníficos edificios con que adornó las ciudades del imperio. El templo de Santa Sofía, orgullo en otro tiempo de la cristiandad, hoy mezquita conquistada por el islamismo, atestigua la merecida fama de los edificios de Justiniano.

Su deseo inextinguible de gloria y su propension á oir las lisonjas cortesanas lo llevaron al extremo ridículo de dar su nombre á muchas ciudades, á puertos, á fortalezas, á palacios, á códigos, á magistraturas, á cuerpos militares y á estudiantes: hasta la letra *j* no se libertó de la manía imperial, y se cambió su nombre por el del príncipe.

Mas no eran las empresas guerreras, ni la arquitectura, ni la política interior los títulos que habian de inmortalizar principalmente su reinado: sobre sus sienes debia reflejar la gloria del legislador, gloria que hace olvidar todos sus desaciertos, y que ha convertido al legislador de Oriente en legislador del mundo civilizado.

§. II.

ORÍGENES DEL DERECHO.

El pueblo, la plebe, el senado, los magistrados y los jurisconsultos han cesado en la autoridad legislativa que por derecho, por concesion ó por tolerancia habian tenido en los periodos que preceden: en este las constituciones imperiales son la expresion de la voluntad del príncipe, y la voluntad del príncipe es la ley. Subsiste sin embargo el derecho producido por tan diversos orígenes, y las constituciones son solo su complemento.

Desde que los emperadores se arrogaron el poder supremo judicial, y por medio de rescriptos contestaban á las consultas que les hacian, se dejaba entrever ya que iba á cesar la autoridad pública de responder, que, como hemos expuesto, se concedió á algunos jurisconsultos en tiempo de Augusto. Así aconteció al comenzar este período, si bien no por efecto de una declaracion imperial, sino por el desuso.

Mas la falta de autoridad que tuvieron los jurisconsultos contemporáneos pasó á los clásicos del tercer siglo de la era cristiana. Su popularidad, resultado de haber puesto el Derecho al alcance de todas las inteligencias, les daba una grande influencia; pero la multitud de los escritos de los jurisconsultos autorizados, la diversidad de sus opiniones en puntos interesantes, y mas que todo el descenso de la ciencia del Derecho, hacian que los que se dedicaban á las profesiones del foro fueran poco competentes para pesar las razones en que se fundaban los contrarios pareceres, y que con el lujo de citas quisieran ocultar la escasez de sus conocimientos. Para evitar esta anarquía jurídica, los emperadores fijaron los autores y los escritos que debian servir de norma á la decision de los negocios.

Ya en tiempo de Adriano, como hemos visto, se empezó

á arreglar legislativamente el grado de autoridad de los jurisconsultos, pero al presente período corresponde la fijacion de este punto interesante. Desconocemos en toda su extension las diversas reglas que al efecto adoptó Constantino: sabemos solo que negó autoridad á las notas que Paulo y Ulpiano pusieron á Papiniano (año 331), y que por otra parte la dió á los escritos de Paulo, y especialmente á sus sentencias (año 327) (1). Los emperadores Teodosio II y Valentiniano III completaron este sistema en una constitucion conocida con el nombre de *Ley de citas* (año 426). En ella dan autoridad á las obras de Papiniano, de Paulo, de Cayo, de Ulpiano, y de Modestino, y á las de los jurisconsultos antiguos cuyas opiniones ú obras hubieran sido adoptadas ó explicadas por los cinco referidos jurisconsultos: entre los antiguos nombra especialmente á Cervidio Scévola, Sabino Juliano y Marcelo, comparándose antes los manuscritos y fijándose su verdadera lectura. Debia en caso de discordancia estarse por la opinion del mayor número, y si todas eran opiniones singulares, hacia regla la autoridad de Papiniano, el cual, si bien vencia á cada uno individualmente, debia ceder ante la autoridad de dos. Por último, cuando no podia alegarse un texto de Papiniano y todos los demás estaban discordes, el prudente cri-

(1) Ley única, tít. XLIII, lib. IX, del *Cod. Teod.* Dos constituciones desconocidas antes y descubiertas en este siglo en la Biblioteca Ambrosiana de Milan prueban esto. Wenck las ha insertado en una coleccion que titula *Codicis Teodosiani..... libri quinque priores*. Conociendo la dificultad que tendrá la mayor parte de adquirir este ú otro de los libros que las contienen, las insertamos á continuacion.

I. Constantinus A. AD Maxim. Præf. Præt.

Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes, Ulpiani et Pauli in Papinianum notas, qui dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum quam depravare maluerunt, aboleri præcipimus (Dat. III, Kal. oct. Constantino II et Crispo II Coss. Ann. 321.)

I. Constantinus A. AD Maxim. Præf. Præt.

Universa, quæ scripturâ Pauli continentur, receptâ auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda. Ideoque sententiarum libros, plenissimâ luce et perfectissimâ elocutione et justissimâ juris ratione succintos, in judiciis prolatos valere minimè dubitatur (Dat. V. Kal. oct. Treveris, Constantino Cæs. V et Maximo Coss. Ann. 327).

terio del juez debia adoptar la opinion que mas equitativa le pareciera (1).

Con razon notan algunos (2), que aunque especialmente se atribuye esta constitucion á Valentiniano, se debió á Teodosio, lo que se prueba fácilmente atendiendo á las miras extensas que sobre la reforma de la legislacion tuvo este príncipe, y el estar el primero bajo su influencia y en la edad de ocho años. Quedaron desde entonces reducidos los magistrados y los jueces á hacer investigaciones paleológicas sobre la exactitud de los textos, y á contar el número de autores que por cada opinion se decidian, operaciones mecánicas que no podian menos de influir en la postracion de la ciencia, y despojar á los jurisconsultos de la independencia y consideracion de qué antes disfrutaban. Justiniano (3) libertó de esta traba á los jurisconsultos.

El número de constituciones imperiales, creciendo cada dia mas y mas, y publicándose aisladamente, ofrecia grandes dificultades para su conocimiento, lo que en último resultado venia á producir incertidumbre en el Derecho y desconcierto en la administracion de justicia. De aquí provino que se formaran colecciones en que estuviesen comprendidas: los jurisconsultos comenzaron á hacerlo antes que los emperadores se apercibieran de esta necesidad. Así lo verificaron Papirio Justo, extractando las constituciones de los emperadores Vero y Antonino (4), Dositheo publicando en griego una coleccion de las de Adriano (5), Ulpiano coleccionando las dadas contra los cristianos (6), y Julio Paulo dando á luz seis libros de decretos imperiales (7).

Mas conocidas son las colecciones que fueron publicadas con los nombres de Código Gregoriano y Hermogeniano, de

(1) Ley 1.ª, tít. IV, lib. I del *Cod. Teod.*
(2) Hugo, Giraud, Maynz.
(3) §. 6 de la Const., *De conceptione Dig.*
(4) Panzirol y Wieling.
(5) Cujas y Schulting.
(6) Lactancio.
(7) Epig. de la ley 113 del tít. I, lib. XXXV del *Dig.*

que se conservan algunos fragmentos (1), Gregorio ó Gregoriano y Hermógenes ó Hermogeniano, pues que hasta el nombre de estos jurisconsultos no está bien averiguado, fueron los compiladores de dichas colecciones, que, á pesar de su denominacion de códigos, no emanaban de la autoridad legislativa: el Gregoriano, segun se cree hoy generalmente, se publicó hácia el año 296 de nuestra era, y hácia el 365 el Hermogeniano (2). Incierto es tambien el período á que se referia cada una de estas compilaciones, siendo lo mas probable que las constituciones mas antiguas del primero no pasaran del imperio de Adriano, y que el segundo completase el vacío que medió desde la publicacion del Gregoriano hasta la suya.

De mayor importancia que las colecciones que preceden es el Código Teodosiano (3) por su caracter legislativo, por su extension y por la influencia que ejerció no solo en los paises sujetos al imperio hasta el siglo VI, sino aun mas por la que tuvo en los códigos que basados en el Derecho Romano fueron adoptados en los paises que los bárbaros sojuzgaban.

A Teodosio el Jóven se debió su formacion: una comision de jurisconsultos presidida por Antíoco, que habia sido cónsul y prefecto del pretorio, hizo este trabajo, que fué publicado como ley para el imperio de Oriente en 438 (4). En el mismo año, aceptado por Valentiniano III para el Occidente, y presentado al senado de Roma (5), fué acogido con aclamaciones.

Comprende este código las instituciones desde el tiempo de Constantino, y está dividido en diez y seis libros, y estos en títulos: las constituciones se hallan por órden de materias.

(1) Hállanse estos fragmentos en la obra *Jus civile antejustinianeum*. Edicion de Berlin.

(2) Macieiowsky, Hambold, Giraud.

(3) A Jacobo Godefroi (Gothofredus) se debe una excelente edicion del Código Teodosiano con comentarios muy interesantes.

(4) *Const. de Theod, Cod. auctoritate.*

(5) Clossio ha descubierto el acta de esta comunicacion al senado. *Gesta in senatu urbis Romæ de recipiendo Theodosiano codice*. Puede verse en la coleccion d textos antijustiniáneos que ha publicado M. Blondeau.

El derecho civil estaba contenido en los libros II, III, IV y V: por desgracia estos y el primero son los que mas imperfectamente han llegado á nosotros. De ellos solo se poseian extractos sacados del *Breviario* de Alarico, cuando las investigaciones de Clossio en la biblioteca Ambrosiana de Milan, y las de Peyron en la de Turin, han restituido á la ciencia parte de las constituciones que comprendia (1). Los demás libros contienen materias diferentes relativas principalmente á la política, magistratura, milicia, asuntos eclesiásticos, al fisco y al derecho penal.

Despues de la publicacion de este código, los emperadores Teodosio II y Valentiniano III y sus sucesores continuaron dando constituciones para proveer á las necesidades públicas: dióseles el nombre de novelas (*novellæ)*, es decir, *novæ constitutiones* (2).

En las monarquías que elevaron las naciones septentrionales que se enseñorearon sobre las ruinas del imperio de Occidente, el derecho de los vencidos no pereció: los antiguos habitantes del pais se fueron sucesivamente confundiendo con los vencedores, pero prevaleció por mucho tiempo una division del derecho por razon de las castas á que cada uno pertenecia: así es que las leyes y costumbres de los bárbaros y las romanas estaba al mismo tiempo en observancia. El Derecho entonces, en lugar de extenderse á todo el territorio, seguia á los individuos, y cada uno debia ser juzgado segun las leyes y en los tribunales de su respectiva casta. Consiguiente era á esto que al lado de los códigos de las leyes de los invasores *(leges barbarorum)* se dieran otros (*leges romanæ*), que fueron la regla de conducta de los vencidos. De estos

(1) Pugge coordinó los fragmentos que Clossio y Peyron descubrieron, y los dió á luz en Bona en 1825. Titúlase su libro *Theodosiani codicis genuina fragmenta cum ex codice palimpsesto bibliothecæ regiæ taurinensis athenæi edita, tum ex membranis bibliothecæ Ambrosianæ Mediolanensis in lucem prolata.*

(2) Con el epígrafe de *Novellæ constitutiones imperatorum Justiniano anteriorum Theodosii, Valentiniani*, etc., se hallan incluidas en las ediciones del Código Teodosiano. En la ediccion de Godefroi están colocadas al principio, y al fin en la de Ritter.

solo nos permite hablar nuestro instituto, sin que desconozcamos la grande influencia que los primeros ejercieron y el rastro que han dejado en las legislaciones modernas.

Tres son las colecciones mas importantes de Derecho Romano dadas por los bárbaros: el *Edicto de Teodorico*, el *Código de Alarico* y las *Respuestas de Papiano* ó *Papiniano*.

Teodorico, rey de los ostrogodos, publicó su edicto en Roma (año 500), no solo para sus súbditos romanos, sino tambien para los que eran originarios de la raza vencedora. Está tomado del Código Teodosiano, de las novelas posteriores á él y de las sentencias recibidas de Paulo. En todos los casos no comprendidos en el edicto debian continuar en observancia las leyes anteriores de cada una de las razas.

Mas importante que el Edicto de Teodorico es el Código Alariciano (1), bien se le considere con relacion al tiempo que estuvo en observancia y á la extension de pais que dominó, ó á los textos que contiene. Alarico, rey de los visigodos, encargó su redaccion al conde Goyarico, que auxiliado de varios obispos y magnates llevó á cima la empresa (año 506); á cada conde se le dirigió una copia refrendada por el canciller Aniano. En el siglo XVI se le empezó á dar el nombre de Breviario de Aniano, título que generalmente está adoptado en nuestras escuelas; pero en los siglos medios le vemos citado frecuentemente con los nombres de *lex Theodosiana*, *corpus Theodosianum*, *liber legum*, *lex romana*. Se le dió tambien el nombre de *Commonitorium* por la constitucion con que se remitió, en que se imponian graves penas á sus infractores.

Componen este Código: 1.° diez y seis libros del Código Teodosiano; 2.° las novelas de los emperadores Teodosio, Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Severo; 3.° las Instituciones de Cayo; 4.° los cinco libros de las Sentencias de Paulo;

(1) Juan Sichard hizo una edicion de este Código en Basilea, año 1528. Hambold en una disertacion erudita ha publicado (año 1822) textos desconocidos antes y descubiertos por Kœnel en los manuscritos de las bibliotecas de París y Orleans.

5.° trece títulos del Código Gregoriano; 6.° dos títulos del Hermogeniano; 7.° un fragmento de las respuestas de Papiniano. Solo da el nombre de leyes á las constituciones de los emperadores; al resto lo denomina Derecho *(jus)*, incluyendo los Códigos de Gregoriano y Hermogeniano, sin duda porque no habiendo recibido sancion legislativa quedaron reducidos á trabajos de jurisconsultos. Consta esta compilacion de dos partes, el texto y el comentario: este está escrito en un latin propio de la época. A pesar de los defectos que pueden atribuirse al Código de Alarico, debe considerársele como la principal coleccion de leyes romanas hechas por los bárbaros: á ella somos deudores de textos que de otro modo no poseeríamos; estos son las sentencias de Paulo, y una parte de los cinco primeros libros del Código Teodosiano (1).

La mas breve y menos rica de las colecciones de leyes romanas hechas por los bárbaros es la ley del Borgoñon, que nosotros conocemos con el título de *Papiani responsum*, denominacion que nació de un error de Cujas, que tomó la palabra *Papiani*, contraccion de *Papiniani*, por el nombre de un jurisconsulto desconocido; y aunque despues observó y expuso su equivocacion, el nombre ha subsistido. No puede fijarse precisamente el año en que se publicó esta coleccion, que se llama tambien *lex romana Burgundiorum*, pero debió ser entre el de 517 al de 534.

En medio de las dificultades que debia ofrecer en la Grecia el estudio y la inteligencia del Derecho Romano, no nacido allí, sino importado y escrito en una lengua extraña, no puede dudarse que el imperio de Oriente era mucho mas á propósito para hacerlo en el siglo VI que los mutilados fragmentos del que habia sido imperio de Occidente. Justiniano concibió el grandioso proyecto de arreglar la legislacion del imperio, y es menester confesar que tuvo el tacto de elegir

(1) Los descubrimientos de las Instituciones de Cayo y de las Constituciones Teodosianas, de que hemos hablado, han disminuido el valor que tenia el Código Alariciano. Le debemos sin embargo aun exclusivamente lo que en el texto expresamos.

personas que supieran llevar adelante su empresa. Graves son las faltas que se objetan á sus trabajos: nosotros creemos sin embargo que debe tenerse mas indulgencia tomando en cuenta la decadencia de la época.

En el segundo año de su reinado (13 de Febrero de 528), Justiniano nombró una comision para que compilara las constituciones imperiales. Diez jurisconsultos, entre los cuales se hallaban Triboniano y Teófilo, presididos por Juan, cuestor del palacio imperial, fueron los encargados de esta tarea, que debia abrazar tanto las constituciones comprendidas en antiguas colecciones, como las que no habian sido compiladas antes, eligiendo solo las que estuvieran en observancia, coordinándolas y obrando con la libertad necesaria para aclarar el sentido que pareciera dudoso, si bien no podian introducir cambios en el Derecho (1). Poco mas de un año tardaron los jurisconsultos en cumplir la mision que se les habia confiado, y la nueva coleccion fué publicada con el nombre de Código Justinianeo en 7 de Abril de 529. Prohibióse al mismo tempo la alegacion de otras constituciones que las insertas en el código (2).

Concluido el código, se dió principio en 530 á un trabajo mas importante y difícil, pero tambien mas glorioso, que fué el extracto de la literatura jurídica. Triboniano, cuestor del palacio imperial, jurisconsulto que poseia toda clase de conocimientos en su época, fué el nombrado para ponerse al frente de tan vasta empresa, facultándole para designar á los compañeros que debian ayudarle á realizarla: estos fueron quince, cuyos nombres nos han trasmitido las constituciones imperiales (3). Para llenar su cometido debian poner en contribucion todas las obras jurídicas que tenian autoridad en la prác tica, y reunir sus extractos por materias: al efecto se les

(1) Const. Hæc, quæ necessario. C. *De novo Cod. fac.*
(2) Const. Summa reipublicæ. *De Justinian. Cod. Confirm.*
(3) Estos jurisconsultos son Constantino, Teófilo, Doroteo, Anatolio, Leoncio, Cratino, Estefano, Menna, Prosdocio, Eutolmio, Timoteo, Leonides, Platon, Jacobo y Juan (§. 9. Const. *De Confirm. Dig*).

confió una autoridad casi sin límites; no tenian que sujetarse al órden de prelacion y de autoridad fijado por las constituciones de Teodosio II y de Valentiniano III, ni atenerse ciegamente al órden de los escritos, sino que por el contrario estaban autorizados para hacer todas las omisiones, adiciones y cambios que creyeran convenientes, debiendo evitar repeticiones y contradicciones, al mismo tiempo que omitir todo lo que estuviera desusado (1). No es de extrañar, pues, que careciesen de fidelidad los extractos, si bien muchos suponen que en las libertades de variar que se tomaron, excedieron los límites que el emperador les habia prefijado. Las modificaciones y adiciones que á las veces hicieron en los fragmentos de los antiguos jurisconsultos son llamadas generalmente *emblemata Triboniani*.

Tres años emplearon los jurisconsultos en la colosal obra que tenian á su cargo, tiempo demasiado breve si se considera su extension, su importancia y sus dificultades: en él tuvieron que extractar dos mil tratados, y comprobar las obras de treinta y nueve jurisconsultos. En tal premura, se contentaron para dar cima á sus tareas con copiar los textos de los autores antiguos, no de sus obras, sino de otras en que estaban insertados; no cuidaron de evitar confusion tanto como fuera de desear, y frecuentemente incurrieron en repeticiones y en antinomias que han sido objeto de laboriosas investigaciones de los intérpretes para tratar de conciliarlas. Pero á vuelta de esto no puede negarse que es un repertorio magnífico que nos ha conservado monumentos de sabiduría que de otro modo hubieran perecido.

A esta obra se le dió el nombre de *Digestà* (2) ó *Pandectæ* (3): está divida en siete partes y en cincuenta libros, y los libros se subdividen en títulos, los títulos en fragmentos ó leyes y las leyes en párrafos. La division en siete partes, y

(1) §§. 4 y 9, Const. *De Concept. Dig.*
(2) *Digesta* viene de *digerere in partes.*
(3) La palabra *Pandectæ* se deriva de dos griegas, cuyo significado es que comprendian todo lo que podia ser útil, y eran un repertorio general de Derecho.

el órden de materias es una imitacion del edicto; método preferido sin duda para que con facilidad se encontrara en esta obra destinada á los usos del foro la doctrina que se buscaba (1).

Las Pandectas, á excepcion de muy cortos fragmentos (2), están escritas en latin; fueron publicadas en 16 de Diciembre de 533, sin embargo que su fuerza de ley no comenzó hasta el 30 del mismo mes. Dos constituciones, una griega y otra latina, las confirmaron: al tiempo de hacerse esto, prohibió Justiniano el uso de los antiguos jurisconsultos; y con el objeto de evitar incertidumbres y confusion, quiso que no se pusieran comentarios á su obra; pero no impidió que se tradujera al griego palabra por palabra. En su mismo imperio, sin embargo, vemos ya empezar los trabajos de los comentadores.

No podia dejar de conocerse que la voluminosa obra de las Pandectas era demasiado extensa, y carecia del carácter de elemental para la enseñanza de la juventud que concurria á las escuelas de Derecho: así es que cuando aun se estaba en ellas trabajando, el emperador Justiniano encargó á Triboniano, Teófilo y Doroteo, que formasen unas instituciones que comprendieran los principios fundamentales de la ciencia. Las instituciones de Cayo fueron la base de las nuevas, menos históricas, pero mas adaptadas á las necesidades de la práctica. Su publicacion fué en 2 de Noviembre de 533; pero su autoridad legal comenzó, como la de las Pandectas, en 30 de Diciembre del mismo año.

Las constituciones sancionadas por Justiniano con posterioridad á la publicacion de su código, y cincuenta decisiones que adoptó modificando, cambiando y perfeccionando el Derecho contenido en las Pandectas, hicieron necesaria una re-

(1) Respecto al plan seguido en la colocacion que se dió á los fragmentos entre sí, nos parece muy fundada la opinion de Blume y de Hugo, á la que se adhieren generalmente los autores modernos.

(2) Solo tienen en griego un fragmento de Papiniano (ley 1.ª, tít. X, lib. XLIII) y bastantes sacados del libro de Modestino acerca de las excusas de los tutores y curadores.

vision de su primera coleccion legislativa, que, como dejamos dicho, habia sido sancionada en 529. Así en 534 dió comision á Triboniano de revisar el Código, asociándole á los jurisconsultos Doroteo, Menna, Constantino y Juan y encargándole la agregacion de las novelas, la conciliacion del Código con el *Digesto* y las Instituciones, y la supresion de lo que fuera supérfluo ó estuviera derogado. En el mismo año se finalizó este trabajo, y el nuevo Código, llamado *Repetitæ prælectionis*, fué confirmado en 16 de Noviembre de 534, derogándose al propio tiempo el que le habia precedido (1).

Compónese este Código de las constituciones imperiales desde el tiempo de Adriano: está dividido en doce libros subdivididos en títulos, en que se encuentran colocadas las constituciones por órden de materias, y conológicamente las que se hallan en un mismo título. En el epigrafe de cada constitucion está el nombre del emperador que la dió y el de la persona á quien iba dirigida; al fin está la fecha, aunque hay algunas que no tienen fecha ni consulado. Diferentes constituciones, que se hallaban en el primer código, fueron omitidas en este (2).

Justiniano sobrevivió mas de treinta años á la sancion de la reforma de su código: las necesidades nuevas y quizá una propension demasiado decidida á hacer innovaciones, no siempre justificadas, le movieron á dictar diferentes constituciones, ya en griego, ya en latin, en un estilo oscuro y ampuloso; dióseles tambien el nombre de novelas. No publicó Justiniano una coleccion de ellas: esta tuvo lugar solo despues de su muerte (año 565). Las novelas escritas en griego fueron traducidas al latin y reunidas con las demás en una misma coleccion; á esta traduccion se dá el nombre de *Vulgata*. La coleccion ha recibido tambien el nombre de *Corpus authenticorum*, y el de *authenticæ* las novelas, para distinguirlas de

(1) Const. *De emend. Cod.*
(2) Las *Instituciones* de Justiniano cuando citan el código solo pueden referirse al primero denominado Justinianeo, porque el segundo aun no existia; veremos citar estas constituciones, que no hallamos en el *Repetitæ prælectionis*.

un extracto hecho hácia el año de 570 por Juliano, profesor en Constantinopla, que con el título de *Epitome* ó *Liber novellarum* llegó á adquirir gran celebridad. Las novelas están precedidas de un prefacio exponiendo los motivos de la ley, y concluyen con un epílogo, que viene á ser la fórmula de su promulgacion. Los glosadoses en los siglos medios recolectaron las novelas en nueve partes, á que dieron el nombre de colaciones: á ellos tambien debe de atribuirse la intercalacion de los extractos de las novelas despues de las leyes del código que reforman ó completan; á estos extractos se denomina *Auténticas del Código.*

A la reunion de las Instituciones, Digesto, Código y Novelas se le dá el nombre de Cuerpo del Derecho (*Corpus juris*).

Los trabajos de Justiniano no han sido apreciados del mismo modo por todos los jurisconsultos: en los elogios que unos les tributan y en los reproches que otros les hacen, se ve mas bien que disidencia, modos diferentes de examinar su obra. Como legislador hizo un gran servicio, porque el Derecho habia llegado á ser un caos impenetrable, y todo lo que era simplificarlo y ponerlo al alcance al menos de los encargados de administrar justicia y de los que tenian que reclamarla, era una obra digna de alabanza. En este concepto el emperador no podia tener las condescendencias científicas que hoy se echan de menos, especialmente por los jurisconsultos de la escuela histórica: el legislador reformaba, y en verdad que sus reformas llevan el sello del progreso, del bien de la humanidad, de los principios universales y de la emancipacion de las sutilezas. A estas circunstancias se debe en gran parte el que resucitara con tanta fuerza el Derecho Romano en los siglos medios para bien de la causa de la civilizacion. No desconocemos que Justiniano llevó demasiado adelante el espíritu de innovar, destruyendo la estabilidad del Derecho, y dando así lugar á que se le creyera interesado en los torpes manejos con que está manchada la memoria de Triboniano. Pero si consideramos la obra de Justiniano bajo

el punto de vista científico, no podemos negar que representa la decadencia deplorable de la época, que carece de precision y de método, y que mutila, adultera y saca de su lugar los escritos de los mas célebres jurisconsultos clásicos. No por eso añadiremos que es justo el cargo que se le hace de haber hecho desaparecer los mas preciosos libros de Derecho: esta falta no es suya, sino el resultado de la barbarie de los siglos medios.

§. III.

ESTADO DEL DERECHO AL FIN DE ESTE PERÍODO.

Los grandes acontecimientos políticos de este periodo ejercen una influencia notable en el derecho civil; las instituciones antiguas van sucesivamente desapareciendo, y ocupan su lugar otras mas análogas al génio y á las costumbres de la época. Justiniano concluye la obra comenzada por sus antecesores, y con la publicacion de sus trabajos legislativos borra en muchos puntos vestigios de antiguas leyes, y haciendo desaparecer solemnidades y sutilezas da al derecho un carácter mas universal y humanitario.

A las diferencias antiguas del ciudadano y del peregrino, que, como hemos visto, habian ya casi desaparecido desde la constitucion de Antonino Caracalla, suceden otras fundadas en la diversidad de creencias religiosas.

A pesar de los principios de fraternidad que proclama el cristianismo, subsiste aun la esclavitud; pero se va dulcificando mucho, porque se facilitan las manumisiones, introduciéndose al lado de la solemnidad de los modos antiguos de hacerlas otros mas sencillos: la ley Fusia Caninia es suprimida como odiosa. Entre los esclavos y los hombres libres hay una tercera clase, que viene á ser de siervos de la gleba. Las personas jurídicas se aumentan con las fundaciones que la religion y la piedad introducen.

La condicion de los manumitidos gana asimismo, porque desaparecen las clasificaciones de la ley Elia Sencia y de la Junia Norbana, y todos al adquirir su libertad consiguen tambien la ciudadanía, y aun pueden obtener del príncipe una especie de ingenuidad fingida. Quedan subsistentes sin embargo los vínculos de gratitud y de servicios que los unen al patrono.

La constitucion civil de la familia se modifica, porque los derechos de agnacion y cognacion se confunden casi del todo por una novela de Justiniano. La potestad paterna, perdiendo su vigor, se aproxima ya á los límites que le fijan la razon y la utilidad de la familia. La facultad de adquirir los hijos para sí por razon de hueste, se extiende á los empleados de palacio, á los eclesiásticos y sucesivamente á todos los demás bienes adquiridos que no provienen del jefe de la familia: en algunos conserva el padre el usufructo: asi, al lado del peculio castrense se forma el cuasi castrense, el adventicio y profecticio. El matrimonio no requiere aun las bendiciones de la Iglesia; su vínculo sin embargo se fortalece, se dificulta el divorcio y se ponen trabas á las segundas nupcias. Los premios y castigos de las leyes Julia y Papia Popea para alentar al matrimonio y á la paternidad han cesado, y por el contrario se aumentan los impedimentos para contraerlo entre parientes, afines y personas de cultos diferentes: además del parentesco natural y civil hay otro espiritual, que es tambien obstáculo para casarse; pero no lo es la diferente condicion de las personas. El poder paterno se disuelve por ascender el hijo á las altas dignidades civiles ó eclesiásticas, y la emancipacion queda reducida á la fórmula sencilla de hacer la declaracion ante el magistrado.

Las adopciones son escasas: no se trasfiere por ellas la potestad del padre natural al adoptante, á no ser que este sea ascendiente del adoptado. Por el contrario, se multiplican las legitimaciones, ya por el matrimonio subsiguiente que el principio religioso aconseja, ya por oblacion á la curia, medio de

poderlas hacer las personas de mas facultades, ya por rescripto imperial que deja abierto al príncipe el camino de hacer gracia á sus favoritos.

Considerándose el desempeño de la tutela y curaduría mas como un deber que como un derecho, se atiende á la capacidad del que es llamado á desempeñarla. Ha cesado ya la tutela perpétua de las mujeres, que quedan en ciertos casos y bajo determinadas condiciones habilitadas para ser tutoras, y la agnacion y cognacion son llamadas igualmente á la tutela legítima. El principio de ser un oficio piadoso proveer al auxilio de los huérfanos, da intervencion á los obispos, que concurren con los magistrados á nombrar los tutores. La edad de la pubertad se fija por el número de años, y la curaduría se concluye por la vénia de la edad otorgada por el príncipe, además del modo general de concluirse á la mayoría.

La diferencia de las cosas *mancipi* y *nec mancipi*, y la del suelo itálico y provincial han desaparecido en el caracter mas general que ha tomado el Derecho en este período: no hay mas que una clase de propiedad, esta es la de derecho comun: no existen por lo tanto las solemnidades antiguas para la trasmision del dominio quiritario, ni la diferencia que por razon de la distinta consideracion de bienes habia entre la usucapion y la prescripcion: la division de bienes muebles é inmuebles es mas interesante; de ella parte el mayor ó menor número de años que se exijen para prescribir la propiedad.

Atiéndese muy particularmente á la seguridad de las dotes: el predio dotal no puede ser enajenado ni aun con consentimiento de la mujer, y esta puede pedir la restitucion de la dote aun durante el matrimonio, cuando el marido malversa su fortuna. Se hace mas frecuente la donacion *ante nuptias*, que viene á ser una compensacion de la dote, y que pudiendo constituirse durante el matrimonio, toma el nombre de *donatio propter nuptias*. Las donaciones que se hacen con consideracion á la muerte, se asimilan á los legados; y para evitar la prodigalidad de los donantes, se sujetan á insinuacion las que

se hacen simplemente *inter vivos*. Las formas de los testamentos se simplifican mas y mas: cesan las incapacidades introducidas en las adquisiciones testamentarias por la ley Papia Popea que ha perdido toda su fuerza, y quedan habilitadas las corporaciones religiosas para ser instituidas herederas ó legatarias. Extiéndese á otros casos la facultad de testar que en el período anterior se concedió respecto á los bienes castrenses á los hijos de familia, y estos encuentran un recurso para quejarse de la injusticia de los padres que sin una causa legítima los desheredan, y pueden á su vez desheredar á sus padres por motivos justificados de los expresados en la ley. Los hermanos tienen derecho á querellarse y á obtener la sucesion cuando sin fundado motivo se ha dado sobre ellos la preferencia á una persona de condicion vil. A ejemplo de la sustitucion pupilar, el padre puede proveer de sucesor al hijo incapacitado moralmente para testar en el caso de que muera en el estado de demencia. Se regulariza, simplifica y amplía la legislacion sobre fideicomisos universales; los singulares se equiparan á los legados, y cesa entre estos la diferencia antigua, nacida de las diversas fórmulas con que estaban concebidos. Los beneficios de deliberar y de inventario introducidos á favor de los herederos pertenecen tambien á este periodo.

La sucesion intestada sufre una revolucion interesante: la igualacion de la agnacion y cognacion hecha por Justiniano sustituye al antiguo principio exclusivo otro mas conforme á la razon y á los intereses de la familia: toda la doctrina de sucesiones toma un carácter mas universal y cosmopolita. Queda abolido el senado-consulto Claudiano.

Las obligaciones participan tambien del espíritu de la época: ya no se exijen palabras sacramentales para estipular y prometer; basta, para que nazca obligacion, que haya congruencia entre la pregunta y la respuesta: á la antigua obligacion *litteris* que deja de estar en uso, reemplaza otra con el nombre de *literal*, que toma su fuerza cuando no es atacada en tiempo determinado la obligacion confesada por escrito.

Generalízase la costumbre de otorgar los contratos ante personas autorizadas con fé pública (*tabelliones*). Redúcese el interés del dinero; el enfitéusis queda erigido en un contrato especial y separado de la compra y venta y del arrendamiento, con los cuales antes se confundia, y por último la novacion y la compensacion sufren ligeras alteraciones.

Desembarazadas las acciones de las fórmulas, son solo el medio de obtener en juicio lo que corresponde, ó el mismo acto de pretenderlo: los litigantes y los abogados están obligados á jurar que entablan sus demandas ó presentan sus excepciones de buena fé: en el caso de que las demandas sean intentadas por un procurador, es necesario que este afiance para no hacer ilusorio el juicio. La administracion de justicia en materia civil está depositada en manos del emperador y de sus delegados: los procedimientos son extraordinarios, es decir, no hay diferencia entre el juez y el magistrado, entre *jus* y *judicium*, y uno mismo es el que examina el negocio y le decide. Se amplía el término de las apelaciones.

Entre los delitos figura el de la abjuracion de la religion ortodoxa; el de sodomía está presentado del mismo modo que en la ley de Moisés. La pena de muerte se distingue en clases segun el modo de imponerse: la de confiscacion está limitada á traspasar los bienes á los hijos ó parientes del condenado, á excepcion de cuando es por delito de lesa majestad, en que la ley, excesivamete cruel, quiere quitar á los herederos los medios de vengar la muerte del traidor. El juicio criminal no es el resultado de una acusacion intentada en virtud de un plebiscito: se establecen agentes particulares para hacer mas fácil la instruccion, y el senado conoce de algunas causas: á las veces el emperador mismo pronuncia la sentencia.

§. IV.

CULTURA DEL DERECHO.

El cuarto período, de que tratamos, es el de la decadencia de la cultura del Derecho, á pesar del establecimiento de escuelas para enseñarlo, y de que su profesion abria aun el paso á las primeras dignidades del imperio. Al fin del siglo III de nuestra era, la jurisprudencia era ya una carrera á que se dedicaban los libertos (1), y al terminar el siguiente, las personas de condicion servil podian ejercerlo como los oficios mecánicos. Contribuyeron á este retroceso las luchas intestinas que sucedieron á la muerte de Alejandro Severo, la traslacion de la residencia del imperio á la nueva capital, diferente en idioma, en costumbres y en tradiciones de aquella en que el Derecho Romano habia tenido su nacimiento, y mas que todo el brillo que cercaba á los estudios teológicos y la mas halagüeña perspectiva que presentaban, tanto por el explendor de los prelados como por la influncia que tenian.

Las escuelas públicas del Derecho establecidas en Roma, en Constantinopla y en Berito, ciudad de la Siria, sostuvieron la memoria y los escritos de los jurisconsultos del período precedente, contribuyendo de este modo á que no perecieran los libros que despues habian de servir para la compilacion de Justiniano. En las escuelas de Constantinopla y de Berito habia cuatro profesores (*antecessores*), á que daban los títulos *disertissimi*, *clarissimi*, *illustres*, y que por sus méritos en el magisterio llegaban á las dignidades de mas categoría, como la de *comites consistorii*, *magistri*. Los que se dedicaban á la jurisprudencia debian concurrir á las escuelas por cinco años, si bien solo en los tres primeros se les daba el nombre de *auditores* (2).

(1) Mamertin, *Panegir.* X, 20.

(2) En el primer año se aplicaba á los estudiantes el nombre de *dupondii*, y seguian la *Instituta* de Cayo y los cuatro libros singulares de la dote, tutela, testamentos y legados, como prolegómenos del siguiente. En el segundo los tra-

Pocos son los jurisconsultos notables de este periodo, y ya hemos tenido ocasion de manifestar sus nombres. Los principales son Gregorio y Hermógenes, Triboniano y Teófilo. De estos dos últimos tenemos mas noticias que de los anteriores. Hemos ya visto la parte importante que tuvieron en la formacion de los códigos que inmortalizan el nombre de Justiniano. Triboniano ó Tribuniano como ministro manchó su nombre por su avaricia y por sus exacciones; mas como jurisconsulto conocia las obras de los antiguos, y poseia tal variedad de conocimientos, que lo hacian quizá el mas competente para la direccion de los trabajos que se le encomendaron: á él mas que á los otros se atribuye la gloria y los defectos de las compilaciones de Justiniano. Teófilo, profesor de Derecho en la escuela de Constantinopla, que como hemos expuesto tuvo parte en las tareas del primer código, de la instituciones y del Digesto, dejó una paráfrasis griega de las mismas instituciones, á cuya redaccion habia contribuido, trabajo que es considerado hoy como una obra preciosa, y aun por algunos como el mejor comentario de los muchos que se han publicado.

Pocas obras dignas de atencion ofrece el período que medió entre los emperadores Alejandro Severo y Justiniano: los trabajos jurídicos se limitaron en él á colecciones de constituciones imperiales y á compilaciones de los antiguos jurisconsultos. Además de las colecciones que se publicaron bajo el nombre de Código Gregoriano y Hermogeniano, de que hemos hablado ya, hay otros libros de que debemos hacer mencion: estos son los Fragmentos vaticanos, la Compa-

bajos de Ulpiano sobre el *Edicto* formaban la asignatura de los estudiantes, que por esto eran llamados *edictales*. Denominábase á los del tercer año *papianistas*, porque estudiaban los libros de las respuestas de Papiniano en la parte que se refieren á las estipulaciones. En el cuarto año se llamaban *lytæ*, y auxiliados de los escritos de Paulo interpretaban á los jurisconsultos. En el quinto estudiaban las *constituciones* y se llamaban *polytæ*; Justiniano cambió este método: los estudiantes de primer año, á que denominó *justinianistas*, seguian las instituciones y primeros libros de las Pandectas, y los demás libros y las constituciones imperiales se estudiaban en los cuatro años.

racion de las leyes mosáicas y romanas, y el libro conocido con el nombre *Consultatio veteris juriſconsulti.*

Los Fragmentos vaticanos (1), llamados asi por haber servido para su publicacion un códice hallado en la biblioteca del Vaticano, comprenden fragmentos de jurisconsultos correspondientes al tercer período y constituciones imperiales, resto al parecer de una coleccion publicada en el tiempo que medió entre los Códigos Hermogeniano y Teodosiano.

La obra titulada *Mosaicarum et Romanarum legum collatio* (2), que en los siglos medios se denominó *Lex Dei*, es una comparacion de las leyes de Moisés con las romanas, en que se pretende probar la derivacion que estas tienen de las primeras. Aunque no de gran valor bajo este punto de vista, es de importancia por sus citas tomadas de escritos sobre Derecho romano y de constituciones imperiales.

Es interesante el libro *Consultatio veteris jurisconsulti* (3), principalmente porque contiene muchos fragmentos de las sentencias de Paulo, y algunas constituciones antiguas que no se encuentran en otro lugar.

Del Derecho Romano despues del imperio de Justiniano.

EN ORIENTE.

Cerca de nueve siglos sobrevivió á Justiniano el imperio de Oriente. Como la lengua en que estaban escritos sus trabajos legislativos no era la vulgar, las traducciones, los compendios y los comentarios hechos contra la prohibicion expresa de Justiniano vinieron á sustituir á los códigos origi-

(1) Angel Mai publicó por primera vez en Roma en 1823 estos fragmentos bajo el título *Juris civilis antejustinianei reliquæ ineditæ ex codice rescripto bibliothecæ vaticanæ.* En el mismo año se hizo otra edicion en Paris; en 1824 se hicieron dos ediciones en Roma y en Berlin, y otra en Bona en 1832.

(2) Por la primera vez publicó Pithou esta obra en 1573, sirviéndose de un manuscrito hallado en una biblioteca de Lyon: Blume descubrió hace pocos años otro manuscrito en Vercelli, y Lancizolles otro en Viena; con arreglo á ellos publicó Hume una nueva edicion con notas.

(3) Cujas lo publicó en 1577.

nales, al mismo tiempo que las novelas de sus sucesores los modificaron en algunos puntos. De aquí provino la necesidad de una nueva redaccion del Derecho que estaba en observancia.

El emperador Basilio I el Macedonio emprendió su formacion. Despues de publicar (año 876) un Compendio del Derecho Romano en griego, que á manera de las Instituciones de Justiniano sirviera de libro elemental, concibió el proyecto de componer una grande obra que reuniese todas las colecciones del emperador y las leyes posteriores. A su hijo y sucesor Leon el Filósofo estaba reservada la gloria de llevar á término este trabajo, que con el nombre de Basílicas promulgó en 887. Las Basílicas están escritas en griego y divididas en seis partes, y en sesenta libros clasificados por títulos y materias. Constantino VII Porphirogeneta hizo una nueva publicacion en 944. De este cuerpo de Derecho se conservan treinta y seis libros completos, siete en parte, y solo fragmentos de los diez y siete restantes (1).

En los años que mediaron desde el 887 hasta el de 893 publicó el emperador Leon diferentes constituciones que alteraban algunos puntos del Derecho de Justiniano: las colectó él mismo en ciento trece novelas: escritas originariamente en griego, fueron traducidas al latin por Agileo en 1560, y despues insertas en el cuerpo del Derecho en cuyas diferentes ediciones suelen encontrarse. A mediados del siglo XIV publicó Constantino Harmenopoulos, escritor griego, una obra elemental del Derecho (2) dividida en seis libros, que llegó á obtener una grande autoridad.

Cuando la nacionalidad de la Grecia pereció con la toma de Constantinopla por los turcos (año de 1453), las leyes civiles de los vencidos continuaron rigiéndolos por gracia de

(1) La edicion mejor y mas completa de *Las Basílicas* es la de Fabrot, publicada en París en 1647 con una traduccion latina y escolios. Reitz en 1752 le hizo algunas adiciones.

(2) Teodorico Adaneo la dió á luz por primera vez en París en 1540; pero mejor edicion es la que en 1780 publicó con una traduccion latina W. Oton Reitz.

los vencedores: así se puede decir que ocurrió allí una cosa muy semejante á lo acaecido en el imperio de Occidente, en que los bárbaros dejaron á los naturales el libre uso de sus leyes, introduciéndose de este modo el derecho de castas. La ciencia del Derecho quedó reducida á la nulidad: revestido el clero de la confianza del pueblo, decidia las cuestiones de derecho privado que entre los particulares se suscitaban. La Grecia, despues de reconquistar su independencia, ha tratado de reconstruir el Derecho revisando las Basilicas; pero en la redaccion de la obra se ha arreglado á la forma que se da á los códigos modernos.

EN OCCIDENTE.

En Occidente fué poco propicia la fortuna á los sucesores de Justiniano. Despojados de la Italia por los lombardos, les quedó solo el exarcado de Ravena, que no tardó en quedar libre de la dominacion de los emperadores de Oriente (año 752). Mas esta dominacion, á pesar de ser tan pasajera, dejó huellas profundas: el edicto de Teodorico, de que ya hemos hablado, cesó de observarse á los cincuenta y cuatro años de su existencia (año 554) sin necesidad de revocacion expresa: tan poco habia llegado á arraigarse. Reemplazáronlo las compilaciones de Justiniano, que este emperador hizo obligatorias á los paises de Italia que el valor y la pericia de sus generales habian conquistado (1), y su autoridad fué tan grande, que sobrevivió á las revoluciones políticas que acaecieron en los siglos siguientes (2). Sin embargo, bajo la dominacion de los francos se introdujo y aun se retocó en Italia el *Breviario* de Alarico (3). En los demás paises que las armas de los bárbaros habian arrancado á la dominacion romana, continuó el derecho de castas, hasta que estas fueron sucesi-

(1) Pragmática-sancion de Justiniano conservada en el extracto de las novelas hecho por Juliano.
(2) Savigny, Meyer, Haubold.
(3) Savigny, Mackeldey y Canciani.

vamente fundiéndose y formaron unidades nacionales. No es de nuestro objeto manifestar los pasos que vinieron á producir semejante resultado: pero sí indicar, aunque ligeramente, cómo el Derecho Romano, oscurecido y de autoridad incierta en algunos siglos, y las compilaciones de Justiniano, que nunca habian sido ley para la mayor parte de las naciones de Occidente, vinieron á levantarse para dominar al mundo con sus doctrinas.

El Derecho Romano nunca pereció del todo: subsistiendo con mas ó menos eficacia al lado de las leyes de los bárbaros y á la sombra del cristianismo, dirigia la vida civil de los pueblos sojuzgados, y era uno de los elementos que mas debian contribuir á la civilizacion de la Europa moderna. El siglo XII estaba destinado á una revolucion gloriosa que habia de contribuir eficazmente á los progresos y á la felicidad de las naciones: el Derecho Romano, saliendo de la oscuridad en que yacia, comenzó a constituir el estudio de los que habian de ser los maestros de la ciencia política. Débese esto principalmente al rápido progreso de las repúblicas de Italia, que oprimida durante siglos bajo el peso de las invasiones extranjeras, se levantaba de nuevo á un alto grado de prosperidad, de poder y de riqueza: el desarrollo material debia producir el de una ciencia tan ligada á las exigencias de la vida social (1). Bolonia eclipsó en poco tiempo las glorias de la antigua escuela de Ravena: el célebre Irnerio explica allí las leyes

(1) Por mucho tiempo prevaleció la opinion de que el Derecho Romano habia desaparecido en la primera parte de la edad media, que un manuscrito único de las Pandectas oculto en Amalfi habia caido en manos de Lotario II en el asalto de la ciudad, y que este emperador lo habia entregado como presente á los de Pisa sus aliados, dando al mismo tiempo una ley para que el Derecho Romano reemplazase en la práctica al de los bárbaros, y que se crearan escuelas públicas en que se enseñase. Savigny refuta esta fábula, inventada al parecer dos siglos posteriormente al tiempo á que se refiere, despues de examinar las pruebas en que quieren apoyarla. Bástenos aquí decir que el Derecho Romano no cayó en un total olvido y abandono; que ningun dato existe para probar la existencia de la ley de Lotario, y que el hallazgo y donacion del manuscrito podrian tener importancia cuando estaba extendida la opinion, hoy abandonada, de que todos los manuscritos existentes eran copia del de Amalfi. Al principio del siglo XV, de resultas de la conquista de Pisa, pasó el manuscrito á Florencia, en donde hoy se conserva. A este manuscrito, mejor que los otros por su correccion, se le ha dado sucesivamente los nombres de Pandectas Pisanas y Pandectas Florentinas.

de Justiniano; de todos los países de la Europa acuden á oir los principios luminosos que debian destruir la anarquía y la opresion de aquellos siglos desgraciados para llevarlos á su pátria, y bajo la proteccion de los emperadores y de los reyes comienza la dictadura que los nuevos estudios estaban destinados á realizar. El sistema de Irnerio y de su escuela, á la que se dió el nombre *de los glosadores*, consistia en poner en notas ó glosas interlineales en un principio, y despues en notas marginales, indicaciones breves y precisas para la inteligencia de los textos de Justiniano. A Acursio se debe el importante servicio de haber reunido estas glosas esparcidas, y con las suyas propias compuesto la glosa ordinaria, formando asi un comentario completo sobre todo el cuerpo del Derecho. Este trabajo, que era el compendio de los de los doctores mas célebres, vino á hacer inútiles los otros y adquirió una celebridad casi exclusiva en las academias y en el foro á pesar de su poca crítica, de sus inexactitudes y alteraciones. Tanto Acursio como sus sucesores se separaron de la elegante precision de Irnerio, é introdujeron un estilo semibárbaro en la jurisprudencia. De la escuela de los glosadores es la division del Digesto en *Vetus*, *Infortiatum* y *Novum* (1).

El ejemplo de Bolonia se extendió bien pronto por Italia, y desde allí cundió á los demás países de la Europa. Se creaban do quiera universidades, palabra que designaba á las escuelas como corporaciones, y que no tenia el sentido que despues se le dió de reunion de todas las ciencias. Estas instituciones por lo general eran libres y no debian su fundacion al poder: bastaba que se reuniera cierto número de discípulos ó maestros ó colegios, y que se constituyeran en corporacion (*universitas*); de estudiantes eran las universidades de Italia y casi todas las de Francia y las de España; de maestros las de

(1) La parte del Digesto designada con la denominacion *Digestum vetus* concluye en el título II del libro XXIV *De divortiis*: el *Infortiatum* comprendia desde el título III del mismo libro hasta concluir el libro XXXVIII: el *Novum* todo el resto de las Pandectas. Los glosadores solo admitian ó solo conocian los nueve primeros libros del código.

Paris y las de Alemania, y de colegios las de Inglaterra. Cuando las escuelas se consideraban, no como corporaciones, sino como establecimientos de instruccion, se llamaban estudios, y á las que llegaban á adquirir una autoridad reconocida en todas partes, se denominaba estudios generales (1).

Los glosadores resucitaron la aficion á los estudios jurídicos, y llegaron á obtener una autoridad casi igual á la que los jurisconsultos romanos habian ejercido en los buenos dias de la ciencia. Dotados de una sagacidad indisputable para interpretar, tuvieron que luchar con las dificultades que el estado intelectual de su época debia de ofrecerles; y aunque poco conocedores de la historia y de la filologia, llenaron cumplidamente la mision que su siglo les impuso. Su espíritu de imitar á los jurisconsultos romanos, mas que otra causa, los dividió en dos escuelas, que reconocieron por jefes á Búlgaro y á Martin Gosia.

Bártolo de Saxo Ferrato, que es el jurisconsulto mas ilustrado del siglo XIV, creó una nueva escuela que sucedió á la de los glosadores, escribiendo tratados á introduciendo en la jurisprudencia la dialéctica resucitada por los árabes. Los jurisconsultos principales de su escuela fueron su discípulo y contradictor Baldo y Paulo de Castro.

Del estado á que el espíritu de sutileza de la escuela de Bártolo habia reducido la ciencia del Derecho, vino á sacarla Angel Policiano, asociándola al estudio de las bellas letras y de la historia, y siendo el precursor de Alciato, al que puede considerarse como fundador de la escuela del siglo XIV. Los jurisconsultos mas notables que le sucedieron en el mismo siglo fueron Cujas (Cujacius) y Donneau (Donellus), mas notable el primero por sus estudios históricos y filológicos, y el segundo por su filosofía, Domat en el siglo XVII, y Pothier, Vinnio, Heinecio y Vico en el XVIII.

Mas á pesar de la bien merecida reputacion de estos y de

(1) Savigny, Maynz.

otros nombres, una época de decadencia reemplaza á la gloriosa del siglo XVI: la ciencia fué casi del todo sacrificada á a práctica, y el número de los escritores de Derecho Romano disminuyó notablemente. El siglo XIX á vuelto á anudar los trabajos históricos, y bajo este punto de vista puede decirse que es una continuacion del XVI. Grande es el número de los jurisconsultos que ya han contribuido en él eficazmente á los adelantos de la ciencia. Savigny, Thibaut, Hugo, Mackeldey, Zimmern, Niebuhr, Schrader y Mühlenbruch en Alemania; Blondeau, Ducaurroy, Giraud, Laboulaye y Ortolan en Francia; Warkœnig, Holcio y Maynz en Bélgica, y Macieiowski en Polonia, entre otros muchos, nos marcan el camino que debemos seguir para perfeccionar esta parte tan interesante de los estudios jurídicos: á ello tambien nos excita el descubrimiento de textos que no poseyeron los jurisconsultos de los siglos anteriores.

Dejando aparte la historia general del Derecho Romano en Occidente, veamos rápidamente cuáles fueron sus destinos en nuestra patria. Del mismo modo que en los demás paises que los bárbaros sometieron á sus armas, los wisogodos permitieron á los vencidos que siguieran decidiendo todas sus controversias por el Derecho Romano, que habia venido á ser el nacional: el derecho de castas fué por lo tanto el dominante: así es que al lado del Código de Tolosa, que compiló las leyes de los bárbaros, se formó para los antiguos habitantes de la monarquía el Alariciano, de que ya hemos hablado en otro lugar, exponiendo sus orígenes: el Derecho Romano, pues, recibió una nueva sancion por la promulgacion del Código de Alarico. Al dirigirlo este rey á los gobernadores de las provincias, les mandaba que bajo pena de muerte y de confiscacion de bienes diesen las providencias necesarias para que no se juzgara por otra ley en los tribunales de su jurisdiccion (1). De aquí ha dimanado sin duda la opinion errada

(1) El Sr. Masdeu, en su *Historia crítica de España y de la cultura española*, copia y traduce este decreto.

de que bajo la severa pena capital estaba prohibida la alegacion de leyes romanas, opinion recibida generalmente por los jurisconsultos extranjeros y por los nuestros que siguieron á Oldrado, cuya autoridad arrastró al Consejo de Castilla (1) para suponer existente una ley cuya época y autor eran ignorados. El Fuero Juzgo compilado por primera vez en tiempo de Chindasvinto y perfeccionado por sus sucesores, hizo cesar las leyes especiales de las castas y estableció el principio de igualdad de derecho en los súbditos de la Monarquía. No entraremos en el exámen de este código, porque no es de nuestro objeto: limitándonos á su relacion con el romano, diremos que ya trascribe algunos fragmentos suyos, ya adopta, supone, modifica ó corrige sus principios, prohibe el uso de toda ley extranjera citando expresamente las romanas, si bien permite su estudio para ejercicio de la inteligencia (2) y castiga con la pena de treinta libras de oro á los que presenten en juicio otro libro legal y al juez que no mande romperlo (3). El *Breviario* de Alarico fué el seguido por los redactores del *Fuero Juzgo* en los fragmentos que tomaron del Derecho Romano, y no las leyes de Justiniano (4) como pretenden algunos escritores modernos.

Cuando D. Alfonso el Sábio en el siglo XIII trató de sacar al Derecho del caos y de la falta de unidad á que lo habian reducido la legislacion foral y las calamidades que afligieron á nuestra pátria, encontró ya en parte preparado el camino para introducir en España los principios del Derecho de Justiniano. Su autoridad habia pasado desde las escuelas de Bolonia á las de España, y era el estudio favorito de los letrados que siguieron el impulso general de la época: así nuestro Código de las Siete Partidas en los puntos de derecho civil es una redaccion metódica de las leyes del Digesto y del Código de Justiniano con algunas adiciones de los fueros cas-

(1) Nota 2.ª, tít. II, lib. III de la *Novís. Recop.*
(2) Ley 8.ª, tít. II, lib. I del *Fuero Juzgo.*
(3) Ley 9.ª
(4) Savigny.

tellanos. La influencia doctrinal que las Partidas ejercieron á pesar de no haber obtenido fuerza de ley hasta el reinado de D. Alonso XI, y entonces solo en defecto de otras disposiciones ó generales ó forales que estuvieran en observancia, dió tal importancia al Derecho Romano, que puede decirse sin exageracion que llegó á ser el estudio exclusivo de nuestras escuelas en los puntos que arreglaban las relaciones individuales de los ciudadanos. Nuestros intérpretes y los tribunales siguieron las opiniones dominantes, y solo en el siglo que antecede fué cuando empezó á tomar un giro menos exclusivo la direccion de los estudios jurídicos.

Mas en los últimos tiempos se ha ido á un extremo opuesto: si bien se ha reconocido la alta importancia del Derecho Romano, no han faltado muchos que creyeran que bastaba consagrarle un estudio superficial. De aquí ha provenido que á despecho de los reglamentos académicos, el Derecho Romano sea mal cultivado hoy entre nosotros, que tampoco solícitos nos manifestamos de los progresos de este ramo del saber hechos en otros países. Convenzámonos de su importancia; tengamos presente que la mayor parte de las leyes que se aplican en las cuestiones individuales de la vida social son romanas por orígen y adoptadas en España, que el Derecho Romano en muchas de nuestras provincias es supletorio del foral, que nuestras leyes se explican frecuentemente por las romanas, que nuestra literatura juridica puede llamarse romana en la mayor parte, y que romanas son las bases de todos los códigos civiles de Europa, y tomaremos con otro afan este estudio fundamental é indispensable á todo el que quiera envanecerse con el nombre de jurisconsulto. Pero guardémonos de hacer una reaccion al volver á los estudios del Derecho Romano: dediquémonos al mismo tiempo á perfeccionar los del nuestro, y á unir á uno y á otro los conocimientos filosóficos é históricos, sin los cuales no pueden ser debidamente comprendidos.

ÍNDICE.

Primer período.

Segundo período.

Tercer período.

Cuarto período.

Del Derecho Romano despues del imperio de Justiniano.

INSTITUTIONUM D. JUSTINIANI

PRŒMIUM.

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU-CHRISTI.

Imperator Cæsar Flavius Justinianus, *Alamannicus,* Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, *pius, felix,* inclytus, *victor ac triumphator, semper Augustus,* cupidæ legum juventuti.

PROEMIO DE LAS INSTITUCIONES DEL EMPERADOR JUSTINIANO.

EN EL NOMBRE DE NUESTRO SEÑOR J. C.

El Emperador César Flavio Justiniano Alemánico, Gótico, Fráncico, Germánico, Antico, Alánico, Vandálico, Africano, pio, feliz, ínclito, vencedor y triunfador, siempre Augusto, á la juventud deseosa de aprender las leyes.

Comentario.

Imperator.—El título de *Imperator*, con que en los trasportes de la victoria aclamaban los soldados á sus generales, era decretado por el Senado con los honores de la ovacion ó del triunfo. Desde el establecimiento del Imperio sirvió para indicar la potestad suprema, si bien se antepuso al nombre del que la ejercia en lugar de posponerlo, como se verificaba con los generales.

Cæsar.—Título, originariamente de familia, aplicado despues ya á la persona del supremo imperante, ya á la asociada á él, ya á la destinada á sucederle. Trasladada la silla imperial á Constantinopla, fué uno de los dictados con que se engalanaron los que la ocupaban.

Flavius.—Nombre gentilicio de los Emperadores Vespasiano, Tito, Domiciano y Claudio: de este linaje fué Constantino, en cuya memoria lo usaron sus sucesores.

Alamannicus, Gothicus, etc.—Por primera vez usó Justiniano en esta constitucion de epítetos tomados de los pueblos bárbaros, que habian sido derrotados por las armas del Imperio. En la gloria del triunfo toma nombres de naciones que aun no habia vencido, y de otras sobre las cuales no le reservaba victorias la Providencia.

Pius.—El emperador Antonino, á imitacion de los reyes orientales, usó el primero de este dictado, á que era acreedor por su piedad y por sus virtudes. Sus sucesores en el Imperio lo adoptaron igualmente.

Felix.—Sila tomó este epíteto que usaron despues los Emperadores, y con mayor frecuencia desde Commodo.

Victor ac triumphator.—En algunas monedas se ve que los Emperadores Constantino, Constancio y Constante, se denominaron *Victores omnium Gentium et triumphatores Gentium barbararum,* en lo que los imitaron frecuentemente sus sucesores.

Semper Augustus.—El Senado para adular á Octavio le dió entre otros títulos el de Augusto, *Augustus*, esto es, *quasi inauguratus vel consecratus.* Los emperadores lo usaron precedido del adverbio que vemos en el texto desde el tiempo de Diocleciano y mas aun despues de Constantino.

Imperatoriam majestatem non solùm armis decoratam, sed etiàm legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus, et bellorum et pacis, rectè possit gubernari, et princeps romanus victor existat non solùm in hostilibus præliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tàm juris religiosissimus, quàm victis hostibus triumphator.

1 Quorum utramque viam cum summis vigiliis et summâ providentiâ, annuente Deo, perfecimus.

1 Et bellicos quidem sudores nostros barbaricæ gentes sub juga nostra deductæ cognoscunt; et tàm Africa, quàm aliæ *innumerosæ provinciæ* post tanta temporum spatia nostris victoriis, à cœlesti numine

La majestad imperial no solamente debe apoyarse en las armas, sino tambien en las leyes, para poder gobernar bien en la guerra y en la paz, y de este modo el príncipe romano, al mismo tiempo que venza á sus enemigos en las batallas, pueda rechazar los ataques de los hombres injustos por trámites legítimos, y ser tan religioso abservador del derecho, como grande en los triunfos que consiga sobre sus enemigos.

Con el auxilio de Dios, por medio 1
de grandes trabajos y cuidadosos afanes, hemos llenado estos dos objetos.

Los bárbaros, que han sido some- 1
tidos á nuestro yugo, conocen la gloria que hemos adquirido en las guerras, y la atestiguan tambien el Africa y otras muchas provincias, que despues de tanto tiempo han

præstitis, iterùm ditioni Romanæ nostroque additæ imperio protestantur.

sido restituidas á la dominacion romana y añadidas á nuestro Imperio por efecto de nuestras victorias debidas á la proteccion del cielo.

Comentario.

Innumerosæ provinciæ.—Se refiere aquí el Emperador á las victorias conseguidas por su general Belisario, bajo cuyas órdenes sus ejércitos, recobrando la disciplina, destruyeron la dominacion de los bárbaros en el Africa, y redujeron á este pais otra vez á ser una prefectura del Imperio. No alude á la conquista de la Sicilia y de la Italia debidas á los hechos militares del mismo general y de su digno sucesor el eunuco Narses, porque á la fecha de la publicacion de las Instituciones no se habian aun verificado.

1 Omnes verò populi legibus tàm à
nobis promulgatis quàm compositis
reguntur.
2 Et cum *sacratissimas constitutiones*
anteà confusas in luculentam
ereximus consonantiam, tunc nostram
extendimus curam *ad immensa
prudentiæ veteris volumina,* et
opus desperatum, quasi per medium
profundum euntes, cœlesti favore
3 jam adimplevimus. Cumque hoc Deo
propitio peractum est, *Triboniano,*
viro magnifico, magistro et exquæstore
sacri palatii nostri, nec non
Teophilo et Dorotheo, viris illustribus,
antecessoribus (quorum
omnium sollertiam et legum scientiam
et circa nostras jussiones fidem
jam ex multis rerum argumentis accepimus)
convocatis specialiter mandavimus,
ut nostrâ auctoritate nostrisque
suasionibus componant *Institutiones:*
ut liceat vobis *prima
legum cunabula,* non ab antiquis fabulis
discere, sed ab imperiali splendore
appetere, et tàm aures quàm
animæ vestræ nihil inutile nihilque
perperàm positum, sed quod in ipsis
rerum obtinet argumentis, accipiant;
et quod in priore tempore
vix post quadriennium prioribus
contingebat, ut tunc constitutiones

Todos los pueblos se rigen por 1
leyes que hemos publicado ó hemos
recopilado.
Despues de haber puesto en con- 2
sonancia completa las constituciones
imperiales confundidas antes,
fijamos nuestros cuidados en los inmensos
volúmenes de la jurisprudencia
antigua, y caminando por
medio de abismos, concluimos con
el favor divino una obra de cuya
ejecucion se habia desesperado. He- 3
cho esto con el auxilio de Dios, habiendo
convocado á Triboniano, varon
magnífico, jefe y ex-cuestor de
nuestro palacio imperial, é igualmente
á Teófilo y á Doroteo, varones
ilustres, profesores de derecho
(todos los cuales nos han dado
repetidas pruebas de su capacidad,
de sabiduría legal y de su fidelidad
á nuestras órdenes), les encargamos
especialmente componer con nuestra
autoridad y nuestros consejos
unas Instituciones, para que podais
aprender los elementos del derecho,
no ya entresacados de tradiciones
inciertas ó falsas, sino emanados
del esplendor imperial; así, tanto
vuestros oidos como vuestros ánimos
no recibirán nada inútil y nada
inoportunamente colocado, sino tan

imperatorias legerent, hoc vos à primordio ingrediamini, digni tanto honore tantâque reperti felicitate, ut et initium vobis et finis legum eruditionis à voce principali procedat.

solo lo que se refiera á los diarios negocios de la vida. De este modo vosotros desde el principio de la carrera podreis leer las constituciones imperiales, lo que antes apenas sucedia despues de cuatro años de estudio, habiendo conseguido el alto honor y la gran felicidad de que las primeras y las últimas doctrinas de la ciencia de las leyes salgan para vuestra instruccion de los labios del príncipe.

Comentario.

Sacratissimas constitutiones.—Alude aquí al primer código á que dió su nombre, y en el que se propuso reunir y comprender bajo un solo volúmen las constituciones de los Emperadores, esparcidas en los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, y las novelas publicadas desde el Emperador Teodosio II, suprimiendo cuanto estaba ó derogado ó desusado.

Ad immensa prudentiæ veteris volumina.—Bajo estas palabras comprende el Emperador la obra de las Pandectas ó Digesto que ya estaba concluida, aunque no publicada: empresa grande y monumental en la que redujo á un solo volúmen los mas eminentes trabajos jurídicos esparcidos en mas de dos mil libros. Utilizando la sabiduría aglomerada en los siglos, buscando lo que parecia mas justo en las diferentes escuelas, y reduciéndolo todo á un cuerpo de doctrina, comprendió las mas notables máximas de los treinta y nueve jurisconsultos principales que florecieron desde el imperio de Augusto hasta el de Alejandro Severo, los que habian dado á la legislacion romana ese carácter de justicia, de filosofía y de elevacion, que ha filtrado en todos los pueblos civilizados.

Triboniano, Teophilo et Dorotheo.—Triboniano, cuyo nombre está tan unido á la gloria, que en concepto de legislador refleja sobre Justiniano, por ser el que en primer término cooperó á sus empresas jurídicas, á los ojos de la historia aparece manchado por haber vendido los juicios y aun las leyes á precio de oro, dando causa á variaciones contínuas no siempre justificadas, y que tuvieron fluctuante el derecho. Doroteo era profesor de derecho en la escuela de Berito, y Teófilo en la de Constantinopla. Este último hizo la paráfrasis griega de las Instituciones de Justiniano, que tanta aceptacion y autoridad tuvo en Oriente hasta la destruccion del Imperio.

Institutiones.—Esta denominacion tenia en la jurisprudencia romana una especie de autoridad tradicional, y se aplicaba á los libros que con sencillez y método comprendian los principios elementales del

derecho. Cayo, Florentino, Callistrato, Paulo, Ulpiano y Marciano dejaron escritas Instituciones que despues perecieron: solo las de Cayo por un raro accidente, y merced á la laboriosidad y á los esfuerzos de dos ilustres jurisconsultos alemanes, Niebuhr y Savigny, han sido restituidas á la ciencia. Justiniano, pues, no dió un nombre nuevo á su obra, adoptó el consagrado por el uso.

Prima legum cunabula.—Dos diferentes caractéres tienen las Instituciones, porque son al mismo tiempo un libro de autoridad y de doctrina. Bajo el primero eran un precepto y una regla de conducta para los que obedecian el cetro de Justiniano. El segundo aspecto puramente científico les ha dado, como á toda la legislacion romana, la perpetuidad de que disfrutan. El Emperador es á la vez legislador y maestro: su obra un código de leyes y un curso de derecho.

4 Igitur post libros quinquaginta Di-
gestorum seu Pandectarum, in quos
omne jus antiquum collatum est
(quos per eumdem virum excelsum
Tribonianum, nec non ceteros vi-
ros illustres et facundissimos con-
fecimus), *in* hos *quatuor libros* eas-
dem Institutiones partiri jussimus,
ut sint totius legitimæ scientiæ pri-
ma elementa, in quibus breviter ex-
5 positum est, et *quod anteà obtine-
bat*, et quod posteà desuetudine in-
umbratum ab imperiali remedio illu-
6 minatum est. Quas ex omnibus anti-
quorum Institutionibus, et precipuè
ex commentariis *Caii nostri* tàm In-
stitutionum, quàm rerum quotidia-
narum, aliisque multis commenta-
riis compositas, cum tres prædicti
viri prudentes nobis obtulerunt, et
legimus, et cognovimus, et plenis-
simum nostrarum constitutionum ro-
bur eis accomodavimus.

Asi despues de haber reunido todo 4
el derecho antiguo en los cincuenta
libros del Digesto ó Pandectas (va-
liéndonos del mismo excelso Tribo-
niano, auxiliado de otros hombres
ilustres y elocuentísimos), manda-
mos dividir las institucionss en cua-
tro libros, que contuviesen los pri-
meros elementos de toda la ciencia
de las leyes: en ellos se ha expues-
to brevemente lo que estaba antes 5
en observancia, y lo que oscurecido
por el no uso ha sido restablecido
por nuestra autoridad imperial. Es- 6
tas Instituciones, compuestas de to-
das las antiguas y de muchos comen-
tarios, especialmente de los de nues-
tro Cayo tanto sobre las Institucio-
nes como sobre las causas cotidia-
nas, nos han sido presentadas por
los tres jurisconsultos referidos, y
nosotros las hemos leido y, enterados
bien de ellas, les damos toda la au-
toridad de nuestras constituciones.

Comentario.

In quatuor libros.—Las Instituciones de Cayo, principal modelo de las de Justiniano, están divididas tambien en cuatro comentarios.

Quod anteà obtinebat.—El elemento histórico entra por mucho en las Instituciones: asi es que sin penetrar en la historia interna y externa del derecho romano, es difícil, ó por mejor decir, es imposible el comprenderlas debidamente. No llenaron siempre en este punto los deseos

del Emperador los encargados de la formacion de su obra, que á veces hablan poco ú omiten del todo noticias del derecho antiguo necesarias para la inteligencia del que dejaban en vigor.

Caii nostri.—Cayo ó Gayo, jurisconsulto eminente, que floreció en tiempo de Antonino Pio y de Marco Aurelio, recibe aquí el epíteto de *nostri*, porque se puede decir que es el genio que presidió á la formacion de estas Instituciones. El descubrimiento de las que aquel jurisconsulto escribió ha sido una adquisicion para la historia del derecho: manifestándonos en toda su pureza el que se observa cuando vivió, sirve de punto de partida para las investigaciones á que dan lugar los cambios que sucedieron hasta Justiniano. Buena suerte es que las dos únicas obras de Instituciones que poseemos sean la primera y la última que se formaron. Hoy que podemos cotejar el modelo y la imitacion, observamos que el plan de las dos obras, la distribucion de las materias, y muchos trozos son idénticamente iguales. Los puntos que no están tomados de Cayo son las teorías acerca de la justicia y del derecho, las excusas de la tutela, la mayor parte de las servidumbres, la prescripcion de largo tiempo, la donacion, el testamento inoficioso, el senado-consulto Claudiano, algunas doctrinas de contratos, las obligaciones provenientes de cuasi-contratos y cuasi-delitos, y los juicios públicos.

7 Summâ itaque ope et alacri studio has leges nostras accipite, et vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiàm nostram rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernare.

Data *undecimo calendas* decembris, Constantinopoli, domino nostro Justiniano perpetuo Augusto *tertiùm consule.*

Recibid, pues, estas leyes nuestras con grande afan y con ardor científico, y manifestad en ellas tanta instruccion que podais tener la halagüeña esperanza de ser capaces, concluida vuestra tarea, de gobernar nuestro Imperio en la parte que os fuere confiada. 7

Dada en Constantinopla en veinte y uno de noviembre, y en el tercer consulado del Emperador Justiniano, siempre Augusto.

Comentario.

Undecimo calendas.—A pesar de que en 21 de noviembre quedaron definitivamente confirmadas las instituciones, su fuerza coactiva empezó en 30 del mismo mes en que tambien adquirió igual autoridad el Digesto.

Tertiùm consule.—Este año corresponde al de quinientos treinta de la era cristiana.

INSTITUTIONUM

compositatum per Tribonianum, virum magnificum, magistrum, et exquaestorem sacri palatii, et Theophilum et Dorotheum, viros illustres, antecesores, incipit

LIBER PRIMUS.

TITULUS I.

De justitia et jure.

COMIENZA EL LIBRO PRIMERO

DE LAS INSTITUCIONES

compuestas por Triboniano, varon magnífico, jefe y excuestor del palacio imperial, y por Teófilo y Doroteo, varones ilustres y profesores de derecho.

TITULO PRIMERO.

De la justicia y del derecho.

A pesar del epígrafe que tiene este título y de que empieza dando la definicion de la justicia, omite hacerlo de la del derecho. Debo, pues, suplir el silencio del Emperador; si bien fiel á mi propósito no entraré en las prolijas discusiones que acerca de su significacion pueden suscitarse. Advertiré ante todas cosas que traducimos por el efecto lo que entre los romanos recibió el nombre por la causa; pues llamamos *derecho*, esto es, *facultad legal de hacer*, á lo que los romanos *jus* ó *jussum*. es decir, *el precepto, la necesidad legal de hacer*: por lo tanto, entre los romanos la etimología de la palabra venia del deber, y entre nosotros de la libertad; sin embargo, como ni hay derechos sin deberes, ni deberes sin derechos, aunque la razon etimológica sea diferente, la palabra que nosotros hemos adoptado expresa muy bien la idea, que en la de su idioma quisieron significar los latinos.

Deber de hacer en uno, facultad de hacer en otro: tal es la primera acepcion de la palabra *derecho*. Mas estos deberes y estos derechos están prescritos ó por la razon universal, ó por las sociedades civiles en que los hombres viven arrastrados por su instinto de conservacion. De aquí dimana que la voz, que antes solo significaba una facultad ó un deber, venga á comprender una reunion de facultades y de deberes, fijados, ó por el sentimiento general de la especie humana, ó por la expresion de la voluntad de los miembros de un Estado. Derecho, pues, es en este sentido lo mismo que *el conjunto de principios que sirven de regla á los*

actos humanos. Mas como estas reglas pueden pertenecer al órden natural ó al civil, y de las leyes de este pueden hacerse infinitas subdivisiones, de aquí provienen las de que despues nos habla el Emperador. Esta es la verdadera significacion de la palabra *derecho* en el lugar presente.

Mas abstracta y filosófica, pero menos exacta, es la definicion que del derecho dan Ulpiano (1) y Paulo (2), que lo consideran como el *arte de lo justo y de lo bueno.* En este sentido el derecho es una creacion sobrenatural, es la misma razon aplicada á los negocios de la vida, es lo que hoy llamamos *filosofía del derecho.*

Finalmente, tambien se llama *derecho* el lugar en que se administra justicia (3). Asi decian los romanos *in jus vocare*, y nosotros *estar á derecho.*

Justitia est *constans et perpetua voluntas* jus suum cuique tribuens.
1 *Jurisprudentia* est *divinarum atque humanarum rerum notitia,* justi atque injusti scientia.

Justicia es la constante y perpétua voluntad de dar á cada uno su
derecho. Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto. 1

ORIGENES.

Copiado de Ulpiano. (§§. inic. y 2, ley 10, tít. I, lib. I del Dig.).

Comentario.

Constans et perpetua.—Desde los últimos tiempos de la república, el pórtico y el foro habian hecho tan estrecha alianza, que la secta de Zenon tenia por afiliados á casi todos los jurisconsultos romanos, como á casi todos los hombres de mas reputacion en el Estado. A pesar de sus falsas nociones de la naturaleza y del hombre, de su perfectibilidad ideal, de su desprecio profundo al placer y al dolor, no puede negarse que por la pureza, por la variedad y por la extension de sus doctrinas era digna de esta preferencia. Asi es que la filosofía estóica se enseñaba á expensas del erario en Atenas y en Alejandría en tiempo de Antonino Pio, y que se puede decir que conservó toda su primitiva pureza hasta el imperio de Alejandro Severo. Con arreglo, pues, á los principios estóicos debemos examinar la definicion filosófica de la justicia, tomada de Ulpiano, que á la vez era jurisconsulto y filósofo estóico. *Constante y perpétua voluntad* quiere decir virtud, porque segun esta secta no habia virtud sin la intencion firme de ser siempre virtuoso. Puesta, pues, en otros términos la definicion, quiere decir *la virtud de dar á cada uno su de-*

(1) Princip. de la ley 1, tít. I, lib. I del Dig.
(2) Ley 11 del mismo tít.
(3) Ley 11 citada.

recho. Debemos convenir que con razon se objeta que esta es la definicion de la justicia moral, y no la correspondiente al derecho, que solo se refiere á las obligaciones susceptibles de coaccion exterior. La justicia civil, que es la que aquí debia definirse, consiste solo en *la observancia de las leyes establecidas.*

Jurisprudentia.—Jurisprudencia, conocimiento del derecho, palabra compuesta y perfectamente adecuada á la idea que representa. *Jurisprudentes ó prudentes* simplemente, se llamaba tambien á los jurisconsultos.

Divinarum atque humanarum rerum notitia.—Esta definicion tan enfática, tan jactanciosa como parece, es tambien de Ulpiano, y, del mismo modo que la justicia, debe ser explicada por las doctrinas estóicas. Segun esta secta la filosofía comprendia todos los conocimientos divinos y humanos, y por consiguiente la definicion del texto quiere decir *la parte de la filosofía que trata de lo justo ó de lo injusto.* Mas, si separándonos de esta interpretacion, queremos buscar otra explicacion mas general y sin relacion á ningun sistema de filosofía, podremos decir que las cosas divinas estaban tambien entre los romanos bajo la jurisdiccion del derecho, porque el derecho público, como dice el mismo Ulpiano (1), consiste en las cosas sagradas, en los sacerdotes y en los magistrados. Hoy definimos la jurisprudencia *el conocimiento del derecho.**

2 His generaliter cognitis, et incipientibus nobis exponere jura populi Romani: ità maximè videntur posse tradi commodissimè, si primò levi ac simplici, post deindè diligentissimâ atque exactissimâ interpretatione singula tradantur. Alioqui, si statim ab initiò rudem adhùc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus: duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore ejus, sæpè etiam cum diffidentiâ, quæ plerumquè juvenes avertit, seriùs ad id perducemus ad quod leviore viâ ductus sine magno labore, et sine ullâ diffidentiâ maturiùs perduci potuisset.

Sentadas estas ideas generales y comenzando la exposicion del derecho romano, creemos que es mejor explicar cada cosa de una manera breve y sencilla, de modo que pueda ser profundizada despues con mayor diligencia y con el auxilio de una interpretacion exactísima; por que si desde el principio sobrecargáramos con multitud y variedad de pormenores el espíritu aun inculto y débil del principiante, conseguiríamos una de dos cosas, ó que abandonase el estudio, ó con gran trabajo, y aun con el desaliento que muchas veces acobarda á la juventud, le conduciriamos á un punto, al cual por otro camino mucho mas fácil, sin grandes tareas y con confianza, podia haber sido guiado con mayor ventaja 2

(1) §. 2 de la ley 1, tit. I, lib. I del Dig.

3 Juris præcepta sunt *hæc*: *honestè vivere*, *alterum non lædere*, *suum cuique tribuere*.

Los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no dañar á otro, dar á cada uno lo suyo. 3

ORIGENES.

Copiado de Ulpiano. (§. 1, ley 10, tit. I, lib. I del Dig.)

Comentario.

Hæc: honestè vivere.—La clasificacion de los preceptos del derecho, que aquí se hace, es severamente criticada por algunos que la creen abstracta, vaga y capaz de acomodarse á todas las opiniones y á todas la exigencias, al mismo tiempo que la presentan como mas filosófica que jurídica. El precepto de *vivir honestamente*, segun la opinion general, afecta mas á la moral que al derecho, y no pudiendo admitir coaccion exterior, no entra en la esfera de la legislacion. Lejos de ser tan opuesto al espiritualismo, qne el derecho romano deja traslucir con tanta frecuencia, en otra obra (1) he dado la explicacion de estos preceptos, no en el terreno de la filosofía sino en el de la práctica. No considero, pues, á estas máximas del modo que lo hacia Ciceron en sus *Oficios*, esto es, la primera como comprendiendo los deberes con nosotros mismos, la segunda nuestros deberes con las demás personas, y la tercera nuestros deberes con relacion á los bienes ajenos; las miro como la explicacion y la limitacion de los derechos naturales, de la libertad individual, de la seguridad personal y de la propiedad real. A la libertad individual afecta muy particularmente el precepto del derecho *vivir honestamente*, porque además de establecer implícitamente el principio de que la moral es mas extensa que la legislacion, y que el hombre debe acomodarse á los preceptos de aquella, es el único fundamento de todas las leyes que protegen la moral y las costumbres públicas, en todos los casos en que su violacion no ceda en detrimento de la persona, ó de los bienes de otro. Así las leyes que prohiben el incesto y la bigamia, y las que declaran la nulidad de los contratos, cuyo objeto es inmoral, están comprendidas bajo este primer precepto.

Alterum non lædere, suum cuique tribuere.—Bajo el precepto de *no dañar á otro* consagra el derecho el principio santo de la seguridad personal, y el de la propiedad real en el de *dar á cada uno lo suyo*.

4 Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, *quod statum rei Romanæ spectat*: privatum, quod *ad singulorum utilitatem* pertinet. Dicendum est

Este estudio tiene dos partes: es público ó privado. El público es el que pertenece al gobierno del pueblo romano: el privado el que se refiere á la utilidad de los particu- 4

(1) Prolegómenos del derecho.

igitur de jure privato, quod tripertitum est, collectum est enim ex naturalibùs præceptis, aut gentium aut civilibus.

lares. El privado se compone de tres clases de preceptos que emanan del derecho natural, ó del de gentes, ó del civil.

ORIGENES.

Copiado de Ulpiano (§. 2, ley 1, tit. I, lib, I, del Dig.)

Comentario.

Quod statum rei Romanæ spectat.—Ni la calificacion del derecho público es siempre igualmente extensa, ni entre los romanos tenia exactamente la misma significacion que en nuestra época. Para comprobar lo primero basta que nos limitemos á la parte que se refiere á los delitos y penas, considerada ya como del derecho privado, y ya como del público. Prueba de lo segundo es que á pesar de que, conforme antes he dicho, el derecho público consistia en las cosas sagradas, en el sacerdocio y en la magistratura, y por lo tanto en el mecanismo de los poderes públicos, y en las relaciones de los diversos órdenes de ciudadanos, vemos algunas veces aplicada la misma denominacion á todas las reglas, que no son simplemente dispositivas (1), esto es, á las que, sin ser imperativas ó prohibitivas de una manera absoluta, son susceptibles de aplicacion en defecto de otra convencion expresa, y que se limitan á desenvolver los efectos jurídicos de un principio.

Ad singulorum utilitatem.—El derecho privado, esto es, el que se refiere á las relaciones mútuas de los ciudadanos, á su estado civil, á sus relaciones domésticas, á la propiedad, ó absoluta ó modificada, á los modos de adquirirla, de comunicarla y de traspasarla, á la reparacion del daño ocasionado por la imprevision, por la culpa y por el delito, con algunas determinaciones acerca de los juicios públicos, es la materia de que tratan las Instituciones. Pueden por lo tanto ser consideradas como unos elementos de mero derecho privado, pues que del público solo hablan en el título siguiente de este libro, en el último de la obra, y alguna que otra vez por incidencia.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nada dispositivo hay en el título que antecede: el legislador no legisla en él, sino que expone sus doctrinas: ocioso por lo tanto pa-

(1) Ley 88, tít. XIV, lib. II; y ley 3, tít. 1, lib XXVIII del Dig.

recerá hasta cierto punto presentar un exámen comparativo de nuestras leyes y las romanas. Pero esto no es inútil, porque nos da ocasion para indicar la grande influencia que ha tenido el derecho romano sobre el nuestro. No me propongo demostrar aquí hasta qué grado las leyes y la literatura jurídica de los romanos han hallado cabida en nuestros antiguos códigos; tarea seria esta que me llevaria fuera del terreno á que estoy limitado: baste decir para mi objeto que cuando en el siglo XII renacia en Italia con tanto ardor el estudio del derecho romano; cuando de todas partes concurria á Bolonia multitud de discípulos con un entusiasmo científico, de que no nos presenta otro ejemplo la historia, España participó del movimiento intelectual que por toda Europa se difundia. En el siglo siguiente (año 1256) la formacion de las Partidas, si bien no publicadas como ley hasta mitad del siglo XIV, acredita que la filosofía jurídica de los romanos y la literatura de la escuela de los glosadores eran ya dominantes en nuestra patria. Bajo estos auspicios se hizo el código mas cientifico que tenemos: así es que el derecho español vino en gran parte á modelarse por el romano, y se hubiera verificado aun mas á no haber las Partidas encontrado la resistencia que naturalmente debia esperar una legislacion extraña, y opuesta en muchos puntos á los usos y á las leyes que dominaban en el pais; esto fué causa de que solo llegaran á tener fuerza de código supletorio. Mas lo que les faltó de autoridad legislativa lo tuvieron de influencia doctrinal; y así vemos que ellas y el derecho romano y canónico, que eran su base, vinieron á ser el estudio preponderante en nuestras escuelas. No es, pues, de extrañar que nuestros autores definan la justicia y la jurisprudencia en términos equivalentes á los de Ulpiano, apoyándose en las Partidas (1), y que estas consignen los mismos preceptos del derecho (2). Pero la palabra *jurisprudencia* tiene además otra significacion moderna, á saber: el derecho introducido por las decisiones de los tribunales.

Entre nosotros está admitida tambien como una division capital la del derecho en público y privado, cuya línea de separacion es conforme á las doctrinas romanas, si bien con un carácter menos exclusivo. Respecto del derecho público, ya le referimos á las relaciones mútuas de las naciones, y entonces le llamamos público exterior, internacional ó de gentes, de que se hablará en el título siguiente; ya á las relaciones de los poderes públicos entre sí, y de estos con los súbditos, y entonces se denomina derecho público interior. Esta es la reunion de preceptos que se refieren á la organizacion y administracion del Estado: de

---

(1) Ley 1, tit. I, Part. III.
(2) Ley 3, tit. I, Part. III.

estas dos clases de reglas dimana la subdivision del derecho público interior en derecho constitucional ó político, y en derecho administrativo. El derecho privado comprende los principios que arreglan las relaciones jurídicas de los ciudadanos entre sí. Al hablar de las divisiones de derecho que hace Justiniano en el título que sigue, concluiré la enumeracion de las que hoy están recibidas en el lenguaje científico y en el legal.

TITULUS II.

De jure naturali, et gentium, et civili.

TITULO II.

Del derecho natural, de gentes y civil.

Este título, mas que ninguu otro de las Instituciones de Justiniano, se resiente de la falta de unidad entre las doctrinas de los jurisconsultos, cuyos fragmentos vinieron á formar el fondo de su derecho. Adoptando teorías de diversos sistemas, no tiene siempre la consecuencia que requiere una obra doctrinal.

Toma en él Justiniano la palabra *derecho* con una extension que en rigor no tiene. Las leyes inviolables del órden físico y natural, que impelen á los séres irracionales á ciertos actos tambien prescritos al hombre por el sentimiento, reciben aquí el nombre de derecho, haciéndose susceptible de él á los brutos, del mismo modo que á los séres dotados de razon. El derecho en esta significacion latísima es considerado bajo tres aspectos diferentes: ó comun á todos los séres animados, ó general á todos los hombres, ó especial á todos les ciudadanos: el primero es el derecho natural, el segundo el de gentes, el tercero es el civil. En esta division vemos tambien la influencia de la filosofía estóica, que consideraba al hombre como animal, como hombre y como ciudadano.

Jus naturale est quod natura *omnia animalia docuit.* Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terrâ, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminæ conjugatio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio et educatio. Videmus etenim cetera quoque animalia istius juris peritiâ censeri.

Derecho natural es el que la naturaleza enseñó á todos los animales. Este derecho no es peculiar al género humano, sino á todos los seres animados que viven en el aire, en la tierra ó en el mar. De aquí dimana la union del macho y de la hembra, que nosotros llamamos matrimonio, de aquí la procreacion y la educacion de los hijos, porque vemos que los animales conocen y ejercitan este derecho.

ORIGENES.

Copiado de Ulpiano. (§ 3, ley 1, tít. I. lib I del Dig.).

Comentario.

Omnia animalia docuit.—La naturaleza imprime en todos los animales ciertos instintos que son necesarios para su conservacion y la de su especie; obedeciéndolos se sujetan al camino que les está marcado en el órden de la creacion. Estas reglas son iguales al hombre y al bruto en el órden físico; á él se reducen los ejemplos puestos en el texto. Aun bajo este punto de vista es inexacta la definicion que nos da aquí el Emperador; porque tambien los séres inanimados, como los árboles y las plantas, obedecen á su manera á las leyes que les hacen perpetuar su especie. Mas no es así como ha de comprenderse el derecho natural: el hombre debe ser siempre considerado por el legislador en el órden moral, esto es, como un sér nacido para vivir en concordia con los demás séres de su especie, como dotado de razon y como conocedor por medio de ella del deber y conveniencia recíproca de obedecer á ciertos principios, á ciertas máximas que hacen posible el cumplimiento de su destino sobre la tierra. Así es que apenas hay autor que no sustituya otra definion á la que el Emperador tomó del jurisconsulto Ulpiano: por mi parte me conformo con la generalmente adoptada, y en su virtud tengo por derecho natural *el que la razon ha revelado á todos los hombres*. Reducido el derecho natural á pocos principios, aunque frecuentemente invocado por los antiguos, no llegó á formar un cuerpo compacto de doctrina, hasta que el ilustre Groot *(Grotius)* sentó la distincion de los deberes perfectos é imperfectos, y echó los primeros cimientos de un estudio científico que tanto debia contribuir á los progresos de la legislacion, y ser objeto de tantos sistemas y blanco de tantas objeciones.

2 Jus autem civile vel gentium ità dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, *partìm suo proprio*, partìm communi omnium hominum jure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, *vocaturque jus civile*, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod verò naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud

El derecho civil y el de gentes se diferencian del modo siguiente: todos los pueblos regidos por leyes y costumbres tienen en parte un derecho propio, y en parte el comun á todos los hombres. El derecho, que cada pueblo constituye, es peculiar á sus ciudadanos, y se llama derecho civil, esto es, derecho de la ciudad. Mas el que la razon natural ha establecido entre todos los 2

omnes populos peræque custoditur, *vocaturque jus gentium*, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Et *populus* itaque *Romanus* partìm suo proprio, partìm communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula qualia sunt suis locis proponemus.

hombres, es guardado con igualdad por todos los pueblos, y se llama derecho de gentes, como que es comun á todas las naciones. El pueblo romano, por lo tanto, usa de un derecho en parte aplicable comun á los ciudadanos, y en parte á solo todos los hombres. Nosotros diremos en su lugar lo que á cada uno corresponde.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 1 del Comentario I de sus Instituciones, trasladado casi íntegramente á la ley 9 del tít. I, lib. I del Dig.).

Comentario.

Partìm suo propio.—Las leyes de todos los pueblos deben estar basadas sobre las relaciones jurídicas universales, que son conocidas comunmente con el nombre de derecho natural. Cuando la ley civil se limita á consignarlas y á darles garantías, declara un derecho, que no es peculiar al pueblo que la obedece, sino general á todos: cuando ajusta estos principios á las circunstancias de cada lugar y de cada época, y deduce consecuencias que solo pueden existir en una situacion dada, entonces forma su derecho peculiar.

Vocaturque jus civile.—Solo con leer la definicion del texto nos podemos convencer de que no es esta la significacion que hoy damos al derecho civil. En aquella se comprenden todas las leyes que, no siendo universales á la especie humana, deben su orígen á la voluntad de los legisladores, y en este sentido el derecho civil abraza al público, al eclesiástico y al penal. Hoy por el contrario, solemos limitar la palabra derecho civil al que se refiere á las diferentes relaciones privadas de los ciudadanos, y lo contraponemos ya al derecho público, ya al eclesiástico y ya al criminal. Sin embargo, no es sola la significacion del texto la que tenia la palabra *derecho civil* entre los romanos, porque en muchas ocasiones se limita solo á las disposiciones que emanan de las leyes, en contraposicion á las introducidas por los magistrados, para suplirlas, auxiliarlas y corregirlas: en este sentido el derecho civil se opone al pretorio ú *honorario*.

Vocaturque jus gentium.—Tampoco es esta la significacion que hoy se da al *derecho de gentes*, que sirve para manifestar el que gobierna las relaciones internacionales de los pueblos. La definicion del Emperador, tomada de Cayo, se acomoda mucho mas á la idea que hoy formamos

del natural. En otra obra (1) he manifestado que no siempre en las Instituciones se atribuye la misma idea al *derecho de gentes*, porque despues de separarlo del natural, como se ha visto en este título, se dice en otros lugares que son una misma cosa, y en otros se los pone en contradiccion.

Populus romanus.—Roma en su cuna no tenia con los demás pueblos mas relaciones que las guerreras; el peregrino, el enemigo y el bárbaro carecian de participacion en el derecho civil. A proporcion que su territorio fué extendiéndose, y agregándosele pueblos que antes no reconocian su dominacion, se les otorgaron derechos y se marcó la parte que podian tener dentro de la misma ciudad en las transacciones diarias de la vida. Entonces, segun dejamos expuesto en la Introduccion, se creó un pretor con el nombre de peregrino, en el año 510 de la fundacion de Roma, para que les administrase justicia, no con arreglo á los principios y fórmulas del derecho civil de que no eran participantes, sino conforme al derecho de gentes, tal como entonces se comprendia, esto es, segun la razon universal aplicada á las transacciones de los particulares. El derecho de gentes desde esta época empezó á mezclarse con el civil, los pretores lo consideraron en sus edictos, y los jurisconsultos lo tomaron frecuentemente por guia de sus decisiones, y así sucesivamente vinieron á fundirse los preceptos del uno y del otro. Quedó sin embargo existente por mucho tiempo la diferencia en la aplicacion, pues que el derecho de gentes con sus deducciones podia ser invocado por todos, el civil solo por los ciudadanos.

2 Sed jus quidèm civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium. Nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit, Sic enin et jus, quo populus Romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus; vel jus *Quiritum*, quo Quirites utuntur : Romani enim à *Quirino* Quirites appellantur. Sed quotiès non addimus cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti cum poëtam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius.

El derecho civil recibe su nombre del pueblo para que se constituye, de los Atenienses, por ejemplo. Así es que se podrá llamar sin impropiedad á las leyes de Solon ó de Dracon derecho civil de los Atenienses. Así tambien nosotros llamamos derecho civil de los Romanos ó derecho Quiritario el de que usan los Romanos ó Quirites, cuya última denominacion viene de Quirino. Mas siempre que no añadimos nombre de algun pueblo, bajo la palabra derecho designamos al nuestro: como cuando decimos el poeta, sin añadir nombre, entienden los griegos al grande Homero, y nosotros á Virgilio. 2

(1) Prolegómenos del derecho.

Comentario.

Quiritum.—El derecho quiritario, *optimum jus civium romanorum*, quiere decir: derecho exclusivamente propio de los ciudadanos romanos. Despues se llamó derecho de la ciudad ó civil, y marcaba con un sello austero, rudo y especial, que se sobreponia á todas las consideraciones de la naturaleza y de la sangre, la mayor parte de las relaciones privadas de los ciudadanos, como tendré ocasion de demostrar oportunamente.

Quirino.—Denominacion que se dió á Rómulo despues que, como dice la fábula, fué trasladado á los cielos. El nombre de Quirites puede tambien venir de Cures, capital de los Sabinos, que formaron pueblo con los romanos, como se ha dicho en la Introduccion.

2 Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutæ et servitutes, quæ sunt juri naturali contraria: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur. Ex hoc jure gentium et omnes pænè contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum, et alli innumerabiles.

El derecho de gentes es comun á todo el género humano, porque todos los pueblos contituyeron ciertas reglas que el uso y las necesidades de la vida hicieron indispensables. Originadas las guerras, se siguieron el cautiverio y la servidumbre, contraria al derecho natural, porque por él todos los hombres eran libres desde la cuna. De este derecho de gentes han nacido casi todos los contratos, como la compra-venta, el arrendamiento, la sociedad, el depósito, el mútuo y otros muchos. 2

ORIGENES.

Tomado de Hermogeniano. (Ley 5, tít. I, lib. I del Dig.).

3 Constat autem jus nostrum *aut ex scripto, aut ex non scripto*: ut apud Græcos, τῶν νόμων οἱ μέν ἔγγραφοι, οἱ δέ ἄγραφοι.

Nuestro derecho es escrito ó no escrito, del mismo modo que entre los griegos las leyes son escritas ó no escritas. 3

ORIGENES.

Copiado de Ulpiano. (§. 1, ley 6, tít. I, lib. I del Dig.).

Comentario.

Aut ex scripto.—La palabra *scripto* quiere decir promulgado, sin duda porque la forma mas ordinaria de la promulgacion es la escritura. Las reglas sencillas y escasas, recomendadas por la razon natural, no bastan para el gobierno de la sociedad civil, aunque se lla-

men en su apoyo las costumbres, que por su poca fijeza necesitan frecuentemente la declaracion de la voluntad soberana. Como es de esencia de las leyes su promulgacion, se ve que no sin propiedad se les da el nombre de derecho escrito.

Aut ex non scripto.—Esto es, derecho no promulgado ó costumbre, primitiva ley de las sociedades, y que filtró á ellas desde las familias.

3 Scriptum jus est lex, plebiscita, senatus-consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium.

Son partes del derecho escrito la ley, el plebiscito, el senado-consulto, las constituciones imperiales, los edictos de los magistrados y las respuestas de los jurisconsultos. 3

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 2, Com. I de sus Inst.).

4 *Lex est, quod pupulus Romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat.*

Ley es lo que el pueblo romano establecia, á propuesta de un magistrado del órden senatorio. 4

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 3, Com. I de sus Inst.),

Comentario.

Lex est, quod populus Romanus.—La ley no está definida en su sentido general y absoluto, sino concretada solo al pueblo romano, y á una época dada de su existencia política. Ley, en su acepcion general, es un precepto comun impuesto por la autoridad soberana á los súbditos para que arreglen á él sus acciones. Pero no es propia ocasion de detenerse en esto; á mi propósito cumple solo explicar la definicion del Emperador.

Desde la fundaciou de Roma el pueblo fué su propio legislador, la facultad de hacer las leyes era una de las que le estaban reservadas desde Rómulo, segun la tradicion comun. Usaba de este importante derecho político en los comicios curiados, en que prevalecia el elemento aristocrático, hasta que mas adelante se introdujeron los centuriados, en que toda la influencia pertenecia á la riqueza. Desde que los plebiscitos tuvieron fuerza coactiva, las leyes cuidaron mas de los intereses de órden público, que de los de derecho privado. Este modo de legislar, que durante la república coexistió con los plebiscitos y los senado-consultos, duraba aun en los primeros tiempos del Imperio. Las leyes generalmente llevaban el nombre de los magistrados que las proponian. En la Introduccion histórica se da mayor ampliacion á estas doctrinas.

4 *Plebiscitum* est, quod plebs plebejo magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat. Plebs autem à populo eo differt, quo species à genere. Nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiàm patriciis et senatoribus; plebis autem appellatione, sine patriciis et senatoribus, ceteri cives significantur. Sed et plebiscita lege Hortensiâ latâ non minùs valere, quàm leges cœperunt.

Plebiscito es lo que la plebe establecia á propuesta de un magistrado plebeyo, como un tribuno. La plebe se diferencia del pueblo como la especie del género, porque bajo el nombre de pueblo se comprenden todos los ciudadanos con inclusion de los patricios y senadores. Mas la denominacion de plebe comprende solo los ciudadanos, que no son patricios ni senadores. Los plebiscitos, despues de la ley Hortensia, tuvieron la misma fuerza que las leyes. 4

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 3, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Plebiscitum.—Plebis-scitum, esto es, órden de la plebe. Las agitadas cuestiones entre el órden patricio y el plebeyo, que crearon los tribunos y los comicios por tribus, produjeron otra fuente de derecho, como queda expuesto al hablar de la historia externa. Las leyes Valeria Horacia, Publilia y Hortensia establecieron, y consiguieron al fin, que los plebiscitos fueran obligatorios para todos los órdenes de la república. Desde esta última ley ya no se disputó acerca de su fuerza legal, y vinieron á ser mas frecuentes que las leyes. Tambien, como estas, solian llevar el nombre del magistrado que los proponia, y frecuentemente son llamados leyes; sirvan de ejemplo la Icilia, la Voconia, la Aquilia y la Cincia que eran verdaderos plebiscitos.

5 *Senatus-consultum* est, quod senatus jubet atque constituit (*a*). Nam cum auctus est populus Romanus in eum modum, ut difficile sit in unum eum convocari legis sanciendæ causâ; æquum visum est, senatum vice populi consuli (*b*).

Senado-consulto es lo que el senado manda y establece (*a*). Habiéndose aumentado el pueblo romano, de suerte que se hacia difícil convocarle todo para la adopcion de una ley, pareció conveniente consultar al senado en vez del pueblo (*b*). 5

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 4, Com. I de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Pomponio. (§. 9, ley 2, tít. II, lib. I del Dig.)

Comentario.

Senatus-consultum.—No aparece de un modo claro en la historia la época en que comenzaron á reputarse los senado-consultos como leyes, porque primitivamente eran solo decretos acerca de las cosas confiadas á la direccion del senado. En los últimos dias de la república tenian fuerza de leyes, como se prueba con el testimonio de Ciceron. La paráfrasis de Teófilo atribuye su autoridad legislativa á la ley Hortensia; pero su multiplicacion es del tiempo de Tiberio, en que reemplazaron á las leyes y á los plebiscitos. El cambio radical de la constitucion política del Estado fué el principal motivo de esta variacion. Los senado-consultos tomaron el nombre de los Emperadores ó de los Cónsules, aunque con terminacion diferente de la empleada para designar las leyes y plebiscitos: un solo senado-consulto, el Macedoniano, lo recibió del hombre que con su maldad dió lugar á su establecimiento. No conocemos senado-consultos, acerca de puntos de derecho civil, que sean posteriores al imperio de Caracalla. Basten aquí estas indicaciones explicadas mas extensamente en la Introduccion histórica.

6 Sed et *quod principi placuit*, legis habet vigorem: cum *lege regiâ*, quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit. Quodcumque igitur imperator *per epistolam* constituit, vel *cognoscens decrevit*, vel *edicto præcepit*, legem esse constat: hæ sunt, quæ constitutiones appellantur. Planè ex his quædam sunt *personales*, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult: nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. Aliæ autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent.

La voluntad del príncipe tiene fuerza de ley, porque el pueblo le traspasó todo su imperio y potestad por la ley régia, que le revistió de sus poderes. Por lo tanto todo lo que el emperador decide por un rescripto, ó lo que decreta juzgando, ó lo que manda por un edicto, es ley: la expresion de su voluntad de cualquiera de estos modos recibe el nombre de constituciones. Hay constituciones personales, que no sirven de ejemplar, porque no es esta la voluntad del príncipe: así, cuando otorga alguna gracia al mérito, ó impone un castigo, ó concede un remedio extraordinario, no deben pasar mas allá de la persona. Las demás constituciones, siendo generales, indudablemente obligan á todos. 6

ORIGENES.

Tomado casi literalmente de Ulpiano. (Ley 1, tít. IV, lib. I del Dig.)

Comentario.

Quod principi placuit.—Las constituciones de los príncipes nacieron con el imperio, sin embargo de que coexistieron con los

senado-consultos hasta el año 959 de la fundacion de Roma, en cuya época empezaron á ser la única forma de leyes. Eran generales ó especiales. Las constituciones generales se publicaban como rescriptos, como edictos ó como decretos. Las particulares eran verdaderos privilegios.

Lege regiâ.—La ley régia, llamada tambien *lex imperii* (1), de significacion incierta en la historia, ha sido objeto de sérias investigaciones. En la diversidad de opiniones, creo que bajo de este nombre se comprendia el conjunto de prerogativas que el senado y pueblo aglomeraron sucesivamente en Augusto, revistiéndole de las magistraturas de la antigua república, y del poder omnímodo que vino á ejercer. Repetidas despues al principio de cada imperio, no lo fueron ya cuando los Césares no tuvieron peligro en afectar la autoridad suprema sin las reminiscencias de su orígen. El nombre de *ley régia*, que hubiera parecido tan odioso á los romanos mientras conservaban frescas las ideas de su libertad democrática, nació despues, y es de creer que á imitacion del que darian los primitivos ciudadanos de Roma al acta en virtud de la que habia ceñido Rómulo la diadema real. En la introduccion histórica he manifestado los fundamentos de mi opinion.

Per epistolam.—Bajo esta palabra se comprenden los rescriptos, esto es, las contestaciones que el Emperador daba á las consultas que le hacian. Aunque todas tenian este nombre genérico, se las llamaba tambien *anotaciones* ó *subnotaciones* cuando eran dirigidas á un particular, *epístolas* las enviadas á los magistrados, y *pragmáticas sanciones*, si lo eran á una provincia, municipio ó colegio. Su orígen dimanó del principio de que el legislador era el mejor intérprete de la ley, y por lo tanto la interpretacion auténtica la mejor de todas, sistema absurdo que confundia todos los póderes, venia frecuentemente á dar retroactividad á las leyes, y las aumentaba de un modo innecesario y casuístico. Los rescriptos tenian frecuentemente el carácter de generales, y modificaban é interpretaban las leyes: así vemos que bajo esta forma se publicaron la mayor parte de las constituciones imperiales dadas para observancia comun. Mas como las consultas que los motivaban podian estar fundadas en razones falsas, ú ocultar la verdad de los hechos, una constitucion del Emperador Zenon declaró que en estos casos no eran obligatorios (2).

Cognoscens decrevit.—Se refiere á los decretos imperiales. Con

---

(1) Ley 3, tít. XXIII, lib. VI del Código.
(2) Ley 7, tít. XXIII, lib. I, del Código.

frecuencia iban al Emperador como á fuente de la justicia las causas mas graves, civiles y criminales, y para su acertada decision tenia un consejo de jurisconsultos, que tomaban conocimiento de ellas y aconsejaban la sentencia. Estas sentencias emanadas del Emperador en que como juez supremo, observadas las ritualidades judiciales, dirimia un litigio, se llamaban *decretos*; nombre que tambien se aplicaba á las resoluciones que tomaba de plano en los mismos negocios, y á que otras veces llamaban *intervenciones*. Verdaderas sentencias, se referian á lo pasado, no al porvenir, y se limitaban solo á las partes, á no ser que se expresara que sirvieran de regla en casos análogos.

Edicto præcepit.—Edictos eran las disposiciones generales, que espontáneamente publicaban los Emperadores sobre las cosas de interés comun. Siendo verdaderas leyes, obligaban á todos, y solo reglaban el porvenir sin tener fuerza retroactiva.

Personales.—Las constituciones personales eran los privilegios en gracia ó en ódio de las personas. La ley de las Doce Tablas, en su espíritu de igualdad, los proscribió absolutamente; pero la historia nos ofrece bastantes ejemplos de haberse concedido en los últimos tiempos de la república y en el imperio. No son privilegios, en la significacion estricta de la palabra, los beneficios que la ley dispensa á cierta clase de personas cediendo á principios de justicia, como á los menores, á las mujeres y á algunas especies de acreedores; sin embargo de que en un sentido mas lato se les da este nombre, llámanse con mas propiedad *beneficios de ley*, ó *derechos singulares*.

7 *Prætorum* quoque *edicta* non modicam juris obtinent auctoritatem. Hæc etiam *jus honorarium* solemus appellare, quod, qui honorem gerunt, id est, magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et *ædiles curules* edictum de quibusdam casibus, quod edictum juris honorarii portio est.

Los edictos de los pretores tienen igualmente una grande autoridad jurídica. Los llamamos derecho *honorario*, porque recibieron su autoridad de los que obtienen los honores, esto es, de los magistrados. Los ediles curules publicaban tambien edictos que hacen parte del derecho honorario. 7

ORIGENES.

Tomado de Papiniano. (Ley 7, tít. I, lib. I del Dig.); y de Pomponio. (§ 10, ley 2, tít. II, lib. I del Dig.)

Comentario.

Prætorum edicta.—Al tratar de la historia externa he hablado de la creacion, prerogativas y vicisitudes de los pretores; por esto me

limitaré á hacer una lijera indicacion de lo que dejo expuesto, añadiendo lo que creo aqui lo mas indispensable para la inteligencia de esta materia. Creados los pretores exclusivamente para administrar justicia, ni tenian ninguna autoridad legislativa, ni participacion en ella: sin embargo, en la necesidad en que estaban de decidir las controversias que se presentaban en su tribunal, frecuentemente se veian en el caso de suplir el silencio de la ley, de completar su insuficiencia y de interpretar su oscuridad. De aqui dimanó su facultad de dar edictos, esto es, de publicar el sistema que se proponian seguir en la administracion de justicia, y se hizo uso general que antes de empezar á ejercer actos de jurisdiccion lo manifestasen en su *album*. Los edictos, por lo tanto, terminaban con la magistratura de su autor; mas como algunas de sus disposiciones se renovaban tambien anualmente, porque pasaban de unos á otros, vinieron á ser costumbres que al lado de la ley crearon una jurisprudencia consuetudinaria. En el imperio de Adriano el jurisconsulto Juliano compiló el edicto llamado *perpétuo*, que, autorizado por el mismo príncipe y por el senado, dió la sancion expresa á lo que antes solo tenia la del uso.

De estos edictos provino el *derecho honorario*; y aunque los pretores no podian alterar las leyes, que juraban cumplir, sin embargo, so color de equidad y valiéndose de subterfugios, templaban la dureza de la ley escrita y hacian nacer á su lado un derecho mas humano, mas general y mas progresivo. Verificaban esto ya con *ficciones*, como cuando suponian que habia pasado el tiempo de la prescripcion, que estaba aun pendiente, ya con *palabras nuevas*, como cuando daban la *bonorum possessio* al que la ley negaba la herencia; ya con *excepciones* que eludiesen las acciones que nacian de la ley, ya, por último, con las *restituciones in integrum* que servian no solo para dejar sin efecto el rigor del derecho, sino hasta para destruir la autoridad misma de la cosa juzgada. Asi los pretores auxiliaban, suplian y corregian el *derecho civil*.

Jus honorarium.— El derecho pretorio unas veces es considerado como una parte del civil, y otras como opuesto á él: esto dimana de la mayor ó menor latitud que se da á la frase *derecho civil*. En el sentido en que nosotros generalmente lo tomamos, esto es, comprendiendo las relaciones mútuas de los ciudadanos, el derecho pretorio es una parte del civil; mas es opuesto á él cuando solo se quiere comprender, como muy frecuentemente hacian los romanos, bajo aquellas palabras el que era producido por las leyes, por los plebiscitos, por los senado-consultos, por las constituciones imperiales y por las respuestas de los jurisconsultos.

Ædiles curules.—De los edictos de los ediles tomaron origen las

acciones contra los vendedores de las cosas viciosas, las que se daban contra los que tenian animales fieros en lugares de tránsito, la llamada *quanti minoris* y otras diferentes.

8 *Responsa prudentium* sunt sententiæ et opiniones eorum, quibus permissum erat jura condere (*a*). Nam antiquitùs institutum erat, ut essent, qui jura publicè interpretarentur, quibus à *Cæsare* jus respondendi datum est (*b*), qui jurisconsulti appellabantur. Quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere à responso eorum non liceret, ut est constitutum (*c*).

Las respuestas de los jurisconsultos son las opiniones y decisiones de aquellos á quienes estaba concedido fijar el derecho (*a*), porque antiguamente se estableció que ciertas personas, autorizadas por el Emperador con la facultad de responder, interpretasen públicamente las leyes (*b*). Dábaseles el nombre de jurisconsultos, y sus dictámenes y decisiones tenian tal autoridad, que por las constituciones imperiales no era permitido al juez separarse de sus respuestas (*c*). 8

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 7, Com. I de sus Inst.).
(*b*) Conforme con Pomponio. (§. 47, ley 2, tit. II, lib. I del Dig.).
(*c*) Tomado de Cayo. (§. 7, Com. I de sus Inst.).

Comentario.

Responsa prudentium.—No fué en todos tiempos igual la autoridad de las opiniones de los jurisconsultos: es menester, pues, distinguir las épocas, para no incurrir en errores trascendentales. El origen de los jurisconsultos está en la institucion primitiva de los patronos y clientes: entre los deberes de proteccion y auxilio que los primeros tenian para con los segundos, estaban comprendidos los de responderles acerca del derecho, cuidar de sus negocios, sostener por ellos los litigios y defenderlos cuando eran llamados á juicio. Relajados los vínculos de la clientela antigua, cesando de ser gratuito el cargo de aconsejar en derecho, se empezó á elevar sucesivamente una clase que, estudiando las leyes y sus fórmulas, hizo de ello una profesion especial. Tiberio Curuncanio fué el primero que en el año 460 de la fundacion de Roma respondió públicamente á las consultas que le hacian. Su ejemplo fué seguido por otros, y asi los jurisconsultos adquiriendo prestigio y autoridad, lograron que algunas de sus opiniones adoptadas generalmente vinieran á constituir una parte del derecho no escrito. Augusto cohibió el libre ejercicio de esta profesion, limitándola á los que él autorizase, y desde esta época empezaron á escribir sus respuestas, que antes eran ver-

bales. Adriano mandó á los jueces que decidieran por sus opiniones cuando hubiese unanimidad (1); pero una constitucion de Teodosio fué mas allá, previniendo que en diversidad de opiniones se fallase segun las de la mayoría, que en empate decidiese Papiniano, y, cuando este no daba opinion, determinase el juez como mas justo le pareciera (2). Justiniano elevó á derecho escrito muchas de las opiniones de los jurisconsultos, que comprendió en el Digesto.

Cæsare.—Es claro que solo puede referirse esta palabra á los Emperadores que dieron fuerza coactiva á las opiniones de los jurisconsultos. A pesar de la respetable autoridad de Tomasio y de Heineccio, no encuentro suficientes motivos para creer que pueda hacer relacion á Augusto, y paréceme que alude á Adriano y á Teodosio.

9 Ex non scripto jus venit, quod *usus comprobavit.* Nam *diuturni mores* consensu utentium comprobati *legem imitantur.*

El derecho no escrito es el que el uso ha introducido, porque las costumbres diariamente repetidas, comprobadas por el consentimiento de los que las siguen, tienen igual fuerza que las leyes. 9

ORIGENES.

Conforme con Juliano, Ulpiano, Hermogeniano, y Paulo. (Leyes 32, 33, 34 y 36, tít. III, lib. I del Dig.)

Comentario.

Usus comprobavit.—Los usos son las primitivas reglas de las sociedades, que al nacer han sido tan escasas en leyes como ricas en costumbres. A proporcion que los pueblos progresan, se aumenta el número de las leyes y las costumbres se limitan, sucediendo de este modo la fijeza de lo prescrito y formulado á la incertidumbre de la tradicion y á las vacilaciones de los hábitos. Pero el legislador no puede, por la generalidad que tiene que dar á sus preceptos, comprender todos los casos; en esta imposibilidad la costumbre suple su omision, y al mismo tiempo enseña el modo de entender lo oscuro y lo ambiguo de la ley: de aquí viene el decirse que el mejor intérprete es la costumbre. Los hechos repetidos del pueblo, en que radicalmente reside el poder legislativo (3), y la tolerancia del que tiene su ejercicio,

(1) §. 7, Com. I de las Inst. de Cayo.
(2) Cód. Teod. de resp. prud.
(3) Ley 32, tít. III, lib. I del Dig.

son las razones que hacen que la costumbre se repute una verdadera ley en sus efectos.

Diuturni mores.—A la costumbre se le dan comunmente los epítetos de *diuturna, longa, inveterata.* No encontramos, sin embargo, en las leyes romanas prescrito el tiempo necesario para considerarse costumbre la repeticion de actos.

Legem imitantur.—Es decir, tienen fuerza de ley, y por lo tanto no solo introducen derecho nuevo é interpretan el existente, sino que tambien pueden derogarle. De aquí nace que digan los intérpretes que la costumbre es fuera de, segun y contra la ley.

10 Et non inelegantèr in duas species jus civile distributum videtur. Nam origo ejus *ab institutis duarum civitatum*, Athenarum scilicèt et Lacædemonis, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ità agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidèm magis ea, quæ pro legibus observarent, memoriæ mandarent; Athenienses verò ea, quæ in legibus scripta reprehendissent, custodirent.

Y no fuera de propósito el derecho civil se divide en dos clases, porque su orígen viene de los institutos de las dos ciudades de Atenas y Lacedemonia. Los Lacedemonios tenian la costumbre de encomendar á la memoria las leyes, y los Atenienses las consignaban por escrito. 10

Comentario.

Ab institutis duarum civitatum.—No es este el orígen que tiene la distincion del derecho escrito y no escrito, ó lo que es lo mismo, la ley y la costumbre. En Lacedemonia habia leyes, aunque su legislador Licurgo prefirió que se conservasen en la memoria, y Atenas tenia costumbres, aunque las leyes ó los mandatos expresos de la soberanía estuviesen reducidos á escritura. Justiniano tomó aquí las palabras en un sentido gramaticalmente literal, que no es conforme con la idea jurídica que acababa de dar de ellas. *Scriptum, non scriptum*, quiere decir *promulgado, no promulgado.* Las colecciones de costumbres y prácticas, aunque estén escritas, no pasan nunca de la esfera de costumbres á la de leyes, como la voluntad expresa del legislador no les dé este último carácter.

11 Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræquè servantur, divinâ quadam providentiâ constituta, semper *firma atque immutabilia* permanent (*a*); ea verò, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpè *mutari solent*, vel tacito consensu populi, vel aliâ postea lege latâ (*b*).

Pero las leyes naturales, observadas igualmente en todos los pueblos y constituidas por la sabiduría divina, siempre son firmes é inmutables (*a*). Mas las que ha constituido cada pueblo se cambian frecuentemente, ya por su tácito consentimiento, ya por la promulgacion de otras posteriores (*b*). 11

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (Ley 8, tít. V, lib. IV del Dig.)
(*b*) Tomado de Juliano. (§. 1, ley 32, tít. III, lib. I del Dig.)

Comentario.

Firma atque immutabilia.—Las relaciones universales entre los hombres, dictadas por la razon, esta luz interior que los ilumina, los conduce y graba en sus almas el sentimiento de lo justo y de lo injusto, son siempre y en todas partes las mismas, porque no tienen limitacion de lugar ni de tiempo. Al establecer Justíniano esta doctrina, es claro que no habla del derecho natural, tal como nos lo define al empezar este título, sino como nosotros lo hemos considerado.

Mutari solent.—Las leyes, en la parte que no declaran ó aplican los principios universales de equidad y de justicia, son tan variables como las necesidades de los pueblos. Aunque no es conveniente que sufran contínuas alteraciones, puesto que el trascurso de los años por sí solo les da veneracion, siempre que lo exige la conveniencia pública deben ser reformadas ó abrogadas. Esto no solo está en el poder del legislador, sino que como hemos advertido poco antes y el Emperador nos dice aquí, puede tambien hacerlo la costumbre.

12 Omne autem jus, quo utimur, vel *ad personas* pertinet, vel *ad res, vel ad actiones* (*a*). Ac priùs de personis videamus. Nam parùm est jus nosse, si personæ quarum causâ statutum est ignorentur.

Todo nuestro derecho se refiere á las personas, á las cosas, ó á las acciones (*a*). Trataremos primeramente de las personas, porque poco útil seria conocer el derecho si se desconocieran las personas, por cuya causa ha sido establecido. 12

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 8, Com. I de sus Inst,)

Comentario.

Ad personas, ad res, vel ad actiones.—Comentando Teófilo este párrafo, dice que por do quiera que existen personas hay cosas, y habiendo cosas es menester fijar las acciones. Esto explica la teoría de la division triple que adoptó el Emperador Justiniano, siguiendo la escuela de los antiguos jurisconsultos.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestras leyes siguen á las romanas en las definiciones del derecho natural y de gentes (1): atenidos á su texto nuestros jurisconsultos suelen valerse de la misma nomenclatura. La mayor extension que desde el siglo XVI se ha dado á los estudios jurídicos, su subdivision en diferentes ciencias independientes, si bien enlazadas entre sí, y los adelantos hechos en las teorías dejan ya inaplicables hoy las definiciones del Emperador, las de nuestras leyes, y las de la mayor parte de los tratadistas. Así es que el aspecto, bajo el cual consideramos en el comentario el derecho natural y de gentes, está mas conforme con la nomenclatura recibida en España y en toda Europa.

Tampoco es adecuada en el estado actual de la ciencia la definicion del derecho civil, que, vaga de suyo, tiene una extension que hoy nadie le da. El derecho civil, tal como Justiniano lo define, es llamado modernamente derecho *positivo*. A diferencia del natural, que en todas partes es el mismo, porque, derivándose de ideas puramente racionales, comprende las condiciones generales de la existencia libre de los hombres en sociedad, el derecho positivo tiene su base en la historia, en el sentimiento y en la voluntad de la nacion, en sus costumbres, en su carácter, en su religion, en su forma de gobierno y hasta en sucesos accidentales, y abraza los preceptos que en un Estado son reconocidos como principios jurídicos. Así el derecho positivo comprende tanto al público, de que se hábló en el título anterior, como al privado y las diferentes subdivisiones de derecho civil, mercantil, criminal y canónico.

Este derecho positivo solo puede emanar de la expresion solemne, ó de la voluntad tácita del poder legislativo. De aquí proviene la division del derecho en promulgado y consuetudinario, ó lo que es lo mismo, en ley y en costumbre. En los últimos tiempos, la potestad de hacer las leyes, derogarlas y dispensar de ellas residia en las Córtes con el Rey, que les daba ó negaba su sancion. Su publicacion y ejecucion correspondia al poder ejecutivo, que expedia decretos, reglamentos é instrucciones para cumplir las leyes, y llenar algunos pormenores, á que no descienden estas. La reciente revolucion nada ha constituido todavía definitivamente: las Córtes constituyentes ejercen el poder legislativo por sí, y delegan el ejecutivo.

La costumbre para constituir derecho debe ser, como dicen nuestras leyes (2), conforme con la religion é intereses del país, intro-

(1) Ley 2, tit. I, Part. 1.
(2) Ley 5, tit. II, Part. I.

ducida con ciencia y paciencia del poder legislativo, usada sin interrupcion por diez años, y ratificada por juicios ó actos uniformes, reuniendo estos requisitos, no solo interpreta y suple la ley sino que tambien la deroga (1).

Limitado el poder judicial entre nosotros á la aplicacion de las leyes á casos individuales en los juicios civiles y criminales sobre derechos positivos, y sobre hechos preexistentes, no puede dar disposiciones generales, que destruirian la tan recomendada division de poderes en los Gobiernos representativos.

Las doctrinas de los jurisconsultos que, penetrando en el espíritu de las leyes, y remontándose á sus motivos racionales, políticos y civiles, han procurado fijar su sentido verdadero, y deducir del texto consecuencias que la letra no establecia expresamente, aunque sean concordes, no tienen ninguna autoridad jurídica: toda su fuerza pende del valor de las razones que alegan; pero no se puede negar la grande influencia que sus opiniones vienen á ejercer en la decision de los negocios.

TITULUS III.

De jure personarum.

TITULO III.

Del derecho de las personas.

Lo primero que se observa en este título es, que en el epígrafe y en el párrafo inicial usa Justiniano la palabra *persona* en una significacion que repugna á la que jurídicamente tiene, y á la que él le da constantemente, porque comprende á los esclavos, á los cuales el derecho civil de los romanos quiso dar solo la consideracion de cosas. En el párrafo inicial ampliaré mas estas indicaciones.

Empieza á hacer la division de *personas* sin definir esta palabra, y como el sentido jurídico y gramatical están discordes, no puedo menos de fijarla. *Persona* en el derecho no es lo mismo que individuo, porque hay muchos individuos, que no son personas, y hay personas creadas por la ley, que no tienen una existencia física. Así el esclavo no es persona, y por el contrario lo es el Estado, la ciudad, la corporacion. Podemos por lo tanto decir, que la ley considera á las personas de una manera abstracta y general para aplicar en la práctica los principios que establece. *Persona* es *todo sér, ó bien físi-*

(1) Ley 6, tít. II, Part. I.

co ó de creacion puramente legal, capaz de derechos y de obligaciones. De este modo se comprenden en la definicion no solo los individuos y las corporaciones, sino tambien otras personas que en su poder de abstraccion crea la ley: la representacion personal de la herencia que está sin aceptar y la que el fisco tiene en todos los paises, pueden servirnos de ejemplo.

Mas esta significacion de la palabra *persona* es solo respecto al primer objeto del derecho: cuando la consideramos con relacion al tercero, quiere decir la representacion que cada uno tiene en el juicio, esto es, la cualidad en virtud de la cual demanda ó es demandado, como la de esposo, la de padre, la de hijo, la de tutor y la de huérfano. En este concepto un mismo individuo puede tener diferentes personalidades.

Summa itaque divisio de jure *personarum* hæc est: quod omnes homines aut *liberi* sunt, *aut servi.*

La division capital en el derecho de las personas es, que los hombres son ó libres ó esclavos.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§ 9, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Personarum.—Hominum debiera decir para salvar el rigor inflexible con que los romanos querian despojar á los esclavos de la consideracion de personas. Siguiendo el texto literalmente tendriamos: ó que los esclavos eran personas, ó que la division comprendia mas que lo dividido: lo primero hubiera sido un error jurídico, lo segundo una falta de lógica imperdonable en una obra doctrinal. De consiguiente se infiere que en el texto la palabra *persona* está tomada en un sentido puramente gramatical, porque seria un absurdo en el jurídico. ¿Mas no podremos decir que, á pesar de las exigencias del derecho, á cada instante filtraban en él máximas que desmentian la absurda teoria de la esclavitud? Esta es mi opinion: bastaria para prueba de ello que tanto en las Instituciones de Cayo como en las de Justiniano, se comprende á los esclavos en el primer objeto del derecho, esto es, entre las personas, y no en el segundo, es decir, entre las cosas, que era la consideracion verdadera que tenian. Así vemos tambien que se les llamaba cognados (1), que se les consideraba como capaces de ser personas por la adquisicion de la libertad, que podian ser instituidos herederos, y que con relacion á los peculios, eran capaces de derechos y de obligaciones.

(1) §§. 2 y 3, ley 14, tít. II, lib. XXIII del Dig.

Liberi aut servi.—No era peculiar á los romanos esta division, sino comun á la mayor parte de los pueblos de la antigüedad. Bárbara y atroz la esclavitud en su orígen, debia sucesivamente sufrir las modificaciones que los progresos de la civilizacion y la influencia del cristianismo no podia menos de imprimirle. Así es que, á despecho de la nomenclatura jurídica empeñada en sostener respecto á los esclavos la consideracion de cosas, veremos con frecuencia á la humanidad sobreponerse y arrancar concesiones, que venian á destruir el principio en que se fundaba la institucion.

Bajo la palabra *liberi* no se comprenden precisameute los que gozan de libertad, sino aquellos que no están en justa servidumbre. Así uno que habia sido apresado por piratas, aunque reducido por ellos á una esclavitud de hecho, no era esclavo, ni la opresion que sufria cambiaba en nada su estado y su consideracion social. Por el contrario, el esclavo fugitivo, aunque gozase de hecho la libertad, no variaba de condicion. Las palabras *libres* y *esclavos* se refieren, pues, solo á la libertad y á la esclavitud de derecho.

1 Et libertas quidèm est, ex quâ etiam liberi vocantur, *naturalis facultas* ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid aut *vi aut jure* pro-
2 hibetur. Servitus autem est constitutio *juris gentium*, quâ quis *dominio alieno contra naturam* subjici-
3 tur. Servi autem *ex eo appellati sunt*, quod imperatores captivos vendere jubent, ac per hoc servare, nec occidere solent. Qui etiàm mancipia dicti sunt, quod ab hostibus manu capiuntur (*a*).

La libertad, de donde viene la 1
palabra de libres, es la facultad natural que cada uno tiene de hacer lo que quiere, á no prohibírselo la fuerza ó la ley. La esclavitud es una 2
institucion del derecho de gentes, por la que uno es sometido al dominio ajeno contra la naturaleza. A 3
los esclavos (*servi*) se les llama así, porque los generales suelen mandar vender los cautivos conservándoles la vida en lugar de matarlos. Tienen tambien el nombre da *mancipia*, porque son cogidos con la mano de entre los enemigos (*a*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Florentino. (Princ. y §§. 1, 2 y 3 de la ley 4, tit. V, lib. I del Dig.).

Comentario.

Naturalis facultas.—La naturaleza ha hecho á todos los hombres libres: este es el principio que se consigna al frente del tratado de la esclavitud y que parece una amarga ironía cuando se coteja con las doctrinas, que en este mismo título empiezan á desenvolverse. La filosofía de los jurisconsultos romanos no podia menos de proclamar este principio cruelmente burlado en las leyes.

Vi aut jure.—Estas son las dos limitaciones de la libertad natural: sin embargo, su efecto es muy diferente. La violencia física, que nos impide hacer una cosa á la que tenemos derecho, nos autoriza para rechazarla y reclamar el auxilio de la sociedad; mas las trabas que la ley pone son condiciones de existencia social que el hombre debe siempre respetar, principio que, lejos de destruir la libertad, hace posible su ejercicio, porque como dice Ciceron: *Somos esclavos de las leyes para poder ser libres.*

Juris gentium.—Al primer golpe de vista se conoce que aquí el *derecho de gentes* no está tomado en el sentido conforme al que lo definió el título anterior, esto es, como el establecido por la razon entre todos los hombres. En esta acepcion es el mismo derecho natural, y seria contradictorio decir que este se encontraba en oposicion con la naturaleza. *Derecho de gentes* significa tambien *el recibido universalmente entre los pueblos*; y como las naciones de la antigüedad, falseando los principios eternos del natural, que nos acaba de decir Justiniano que es inmutable y mas alto que las leyes de los hombres, admitieron la esclavitud, es claro que en este solo sentido pudo hablar el Emperador, y solo en él podemos nosotros entenderle.

Dominio alieno.—Hé aquí perfectamente marcada la condicion que la ley quiso imponer al esclavo. No usó de la palabra potestad, porque esta no era bastante enérgica para explicar la naturaleza dura de la esclavitud. La palabra *dominio* nos explica todo su rigor primitivo: el esclavo era una cosa del patrimonio, podia de consiguiente su dueño matarlo, podia traspasarlo á otros, y el miserable no tenia participacion ninguna en los actos civiles; era de la misma condicion que los animales y los muebles. Veremos mas adelante las variaciones que sucesivamente vinieron á hacer menos horrible su desgracia.

Contra naturam.—Estraño es que Aristóles, en su gran ingenio, dijese que hay séres que por la naturaleza son esclavos, porque son incapaces de manejarse por sí mismos. Esta doctrina, reprobada expresamente en el texto, está desmentida por la historia moderna del mundo.

Ex eo appellati sunt.—No nos detendriamos en la explicacion de esta parte del texto, si en medio de sus investigaciones etimológicas no considerase el orígen de la esclavitud como conforme con la humanidad. Si es lícito matar al enemigo, será un acto meritorio conservarle la vida y reducirle á la esclavitud. Prescindiendo de lo absurdo que es hablar de un derecho creado por la guerra, cuando esta es la violacion de todos los derechos, fácil es conocer que el raciocinio anterior está basado en un supuesto falso,

Hay efectivamente derecho de defenderse en la guerra, de matar al enemigo, mientras nos puede ofender; pero inmediatamente que deja de ser enemigo, cuando depuestas las armas se entrega, es un crimen el matarlo, y todo lo que autoriza el derecho de gentes, es retenerlo prisionero por el tiempo que nos pueda ser peligrosa su libertad.

4 Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. *Nascuntur* ex ancillis nostris. Fiunt aut *jure gentium,* id est, ex captivitate; aut *jure civili*, cum homo liber major viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est.

Los esclavos, ó nacen ó se hacen. 4
Nacen de nuestras esclavas: se hacen esclavos, ó segun el derecho de gentes por la cautividad, ó segun el derecho civil, cuando un hombre libre mayor de veinte años permite que le vendan para participar del precio.

ORIGENES.

Tomado de Marciano. (§. 1, ley 5, tít. V, lib. I del Dig.)

Comentario.

Nascuntur.—Despojado el esclavo de la consideracion social de persona, no podia contraer matrimonio, ni adquirir pátria potestad. Así es que las uniones de los esclavos, llamadas *contubernium*, no producian efecto alguno en el órden civil; sus hijos seguian la condicion de los animales, que como ellos estaban en dominio y pertenecian por lo tanto al dueño de la madre. Estos esclavos se llamaban *vernæ*.

Jure gentium.—Los romanos, siguiendo las costumbres de los pueblos antiguos, hacian esclavos á los enemigos extranjeros que cogian en la guerra, como ellos á su vez eran reducidos á esclavitud. No sucedia lo mismo en las contiendas civiles, en que á la esclavitud reemplazaba la proscripcion, llamada así por la tabla en que se ponian los nombres de los proscriptos.

Jure civili.—Varios eran los modos de constituir la esclavitud segun el derecho civil antiguo: incurrian en ella los que huian del censo y de la milicia; los que, cargados de deudas y no pudiendo satisfacer á sus acreedores, despues de azotados eran vendidos al otro lado del Tiber, los reos de hurto manifiesto; los que sufrian la condenacion de minas, de ser arrojados á las bestias ú otro suplicio parecido, á quienes la ley para salvar el rigor de los principios llamaba *siervos de la pena*, y segun el senado-consulto Claudiano las mujeres libres, que, arrastradas de un amor que la ley reprobaba, se entregraban en los brazos de un esclavo. Los dos primeros modos

habian ya desaparecido hacia tiempo cuando Justiniano suprimió el senado-consulto Claudiano como indigno de su época (1), y despues por una de sus novelas (2) la servidumbre de la pena. Quedaron solo dos causas vigentes que podian constituir la esclavitud por derecho civil: la ingratitud del liberto, de que aquí no trata el Emperador, y la venta con fraude para participar del precio. Para comprender bien esto, es menester alguna mayor explicacion. La libertad era un bien inestimable, que no estaba en el comercio; por lo tanto un hombre libre ni podia venderse, ni menos ser vendido por otro. Pero, á la sombra de este principio tan conforme con la humanidad, se introdujo un abuso: fingian algunos jóvenes que eran esclavos, y puestos de acuerdo con otro que los vendia, se repartian el precio y proclamaban su libertad, dejando así burlado al comprador, que perdia el esclavo y el dinero. Para castigarlos, la ley estableció que si los que se habian dejado vender eran mayores de veinte años al tiempo de la venta ó al de participar del precio, y conocian bien su cualidad de libres, no pudiesen reivindicar la libertad en el caso de que el comprador creyese realmente que eran de condicion servil y hubiese pagado el precio convenido (3).

5 In servorum conditione *nulla differentia est*. In liberis multæ differentiæ sunt: aut eniam ingenui sunt, aut libertini.

En la condicion de los esclavos no hay ninguna diferencia; en los libres muchas, porque ó son ingénuos ó libertinos (4). 5

ORIGENES.

Tomado de Marciano. (Princ. de lá ley 5, tít. V, lib. del Dig.)

Comentario.

Nulla differentia.—Siendo todos los esclavos cosas, no podia haber distincion en su estado, porque realmente no tenian ninguno, como manifestaré mas adelante. Por esto dice Teófilo, «*no se puede ser mas ni menos esclavo:*» así todos indistintamente estaban excluidos del ejercicio de las funciones públicas y de la facultad de testar, todos podian ser vendidos y enajenados, y en los casos en que la ley civil les hacia partícipes de algun derecho, solo se consideraba en ellos la representacion de su dueño. Mas aunque con

---

(1) §. 1, tít. XIII, lib. III, de sus Inst.
(2) Capítulo VIII, de la nov. 22
(3) §. inic. 1 y 2, ley 7, tít. XII, y ley 1, tít. XIII, lib. XL del Dig.
(4) A los que los romanos llamaban libertinos, denominan nuestras leyes horros ó forros ó aforrados. En el desuso de estas palabras adoptamos la académica recibida generalmente.

relacion á su estado no habia ninguna diferencia, sí en los oficios á que respectivamente estaban destinados: porque desde la clase de preceptores, administradores y mayordomos hasta la de los que trabajaban con cadenas mediaba gran distancia, y aun habia esclavos que por voluntad de sus señores tenian á otros para que los sirviesen, llamados *servi vicarii*. Por razon de su señor se diferenciaban los esclavos en que eran de particulares y públicos; estos tenian por dueño á un pueblo ó á una municipalidad, materia de que se nos presentará ocasion de hablar mas adelante. Los esclavos de la pena no tenian otro señor mas que su castigo. Entre todos los esclavos los que se reputaban de mejor condicion privada eran los *statuliberi*, esto es, aquellos que tenian pendiente de un plazo ó de una condicion su libertad.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Las leyes españolas (1) hablan de la esclavitud, y la calcan sobre los mismos principios que las romanas, si bien solo considerando esclavos por razon de guerra á los infieles hechos prisioneros (2), y estableciendo el principio de que el cristiano católico no puede estar en potestad del que no lo es (3). Estas doctrinas, tan conformes al espíritu del siglo en que se escribieron, repugnan al del actual, al principio de igualdad en nuestras creencias religiosas, á los progresos de la civilizacion, y á las costumbres y á las leyes que se van generalizando ya en todos los pueblos cristianos. Así es que la esclavitud ha desaparecido de nuestro suelo: solo en algunas de las colonias regidas por leyes especiales hay aun esclavos, si bien está prohibida y severamente castigada la introduccion de otros. No se debe, pues, hablar aquí de la esclavitud, que no tiene el carácter de institucion general, sino peculiar á algunas de nuestras posesiones ultramarinas, y por lo tanto no se necesitan notas comparativas entre nuestro derecho y el romano en los títulos y lugares que á ellos se refieren. ¡Quiera el cielo que la actual generacion vea, por medios que no comprometan el porvenir de nuestras ricas colonias, extinguida del todo la esclavitud en los dominios españoles!

---

(1) Títulos XXI y XXII, Part. IV.
(2) Ley 1, tít. XXI. Part. IV.
(3) Ley 8, tít. XXI. Part. IV.

TITULUS IV.

De ingenuis.

TITULO IV.

De los ingénuos.

Importante fué en Roma la distincion de ingénuos y libertinos, tanto en su estado como en su condicion privada. Los ingénuos, que segun algunos se llamaban así *à gignendo*, *quia ingenitam libertatem habebant*, gozaron siempre de todas las preeminencias, de todos los derechos que la constitucion política y la ley civil otorgaban á los ciudadanos. La suerte de los libertinos con relacion á su estado sufrió por el contrario diferentes vicisitudes: en el derecho primitivo todos eran ciudadanos, si bien de un órden inferior: bajo los primeros Césares se dividieron en las tres clases de ciudadanos, latinos y dediticios, y por último Justiniano volvió á restablecer la sencillez del antiguo derecho, igualándolos á todos. No contento con esto, destruyó la diferencía que existia entre los ingénuos y los libertinos (1), concediendo á estos últimos, sin necesidad de impetrarlo del Emperador, el uso del anillo de oro, y el derecho de regeneracion. Mas esta reforma no alcanzó á su condicion privada, porque esta debia subsistir como anteriormente (2).

Ingenuus est, qui *statìm*, *ut natus* est, liber est, sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex libertinis, sive ex altero libertino, altero ingenuo. Sed etsi quis ex matre liberâ nascatur, patre servo, ingenuus nihilominùs nascitur: quemadmodum qui *ex matre liberâ* et incerto patre natus est, quoniam *vulgò conceptus* est (*a*). Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et ex contrario, si libera conceperit, deindè ancilla facta pariat, placuit, eum, qui nascitur, *liberum nasci*, quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in utero est. Ex his et illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deindè ancilla postea facta pepererit,

Ingénuo, es el hombre libre desde el instante de su nacimiento, bien sea hijo de dos ingénuos, bien de dos libertinos, bien de un libertino y de un ingénuo. Pero aunque el padre sea esclavo, con tal que la madre sea libre, el nacido es ingénuo, del mismo modo que el hijo de madre libre y de padre incierto, porque ha sido concebido vulgarmente (*a*). Basta que la madre sea libre al tiempo del parto, aunque haya concebido en la esclavitud. Por el contrario, si concibió siendo libre, y parió ya esclava, el que nace es libre, porque la desgracia de la madre no debe dañar al que está en su seno. De aquí ha dimanado la cuestion: si una esclava, que está en cinta, ha sido manumi-

(1) Cap. I de la nov. 88.
(2) Cap. II de la misma novela.

liberum an servum pariat? Et Martianus probat, liberum nasci: sufficit enim ei, qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse (*b*). Quod et verum est.

tida, y despues de haber vuelto á esclavitud pare, su hijo ¿será libre ó esclavo? Marciano es de opinion que es libre, porque basta al que está concebido que su madre sea libre en el tiempo intermedio (*b*), y esta es la verdad.

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§§. 11, 67, 80, 82 y 86. Com. I de sus Inst.); y de Ulpiano. (§§. 8 y 9, tít. V de sus Reglas).
(*b*) Tomado de Marciano. (§§. 2 y 3, ley 5, tít. V, lib. I del Dig.)

Comentario.

Statìm ut natus.—No es exacta la definicion del texto, porque algunos, á pesar de haber nacido libres, pertenecian á la clase de libertinos: tales eran los que habian estado en justa esclavitud: se hace preciso, pues, sustituirla con otra. En mi opinion deberia ser: *el que desde su nacimiento ha sido siempre libre*, ó conservando la definicion del texto, esto es, *el hombre que es libre desde el instante de su nacimiento*, añadir: *con tal que nunca haya dejado de serlo.*

Ex matre liberâ.—No pudiendo existir matrimonio entre un esclavo y una mujer libre, los hijos que de ellos nacian, seguian la condicion de su madre, porque el derecho que no considera por padre sino al que designa el matrimonio, reputaba como sin padre á la prole del esclavo para los efectos civiles.

Vulgò conceptus.—Esta frase, tan expresiva como es, no admite una traduccion de igual valor en nuestro idioma: quiere decir que la relajada conducta de la madre hace incierta la paternidad. Es claro que esto en rigor no puede decirse de una concubina ; pero la ley considera tambien á sus hijos como sin padre, porque segun ella solo la cohabitacion conyugal es la que da certidumbre á la descendencia. Por esto dice Modestino (1) que no solo se llama *vulgò conceptus* al que no puede señalar su padre, sino al que no le tiene legítimo, aunque conozca al natural.

Liberum nasci.—Basta, pues, que al tiempo de la concepcion, al del parto ó en el de la gestacion, la madre haya sido libre un solo momento. A los principios de humanidad que recomendaban esta doctrina se agregó otro jurídico que no es peculiar de este tratado, sino comun á todos, á saber: que el concebido se reputa como nacido siempre que se trata de su interés.

(1) Ley 23, tít. V, lib. I del Dig.

1 Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit illi *in servitute* fuisse, et postea manumissum esse. Sæpissimè enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.

Cuando uno ha nacido ingénuo no pierde esta cualidad por haber estado reducido á esclavitud, y sido manumitido despues; porque repetidamente está determinado que la manumision no daña al nacimiento. 1

ORIGENES.

Tomado de Paulo. (§. 2, tít. I, lib. V, Sentent. recept.)

Comentario.

In servitute.—No es lo mismo ser esclavo que estar en esclavitud: lo primero supone derecho, lo segundo consiste solo en el hecho; del mismo modo que tampoco es lo mismo ser libre que estar en libertad; poseer que estar en posesion. Por lo tanto, solo podemos llamar esclavo al que está en justa esclavitud: los que no lo están, por mas que tengan la consideracion de esclavos, realmente no lo son: así es que el hombre libre poseido, aun cuando sea de buena fé, como esclavo, y los que cogidos por el enemigo han sido reducidos á esclavitud, no pierden los derechos de ingenuidad aunque sean manumitidos. Tampoco perdian su ingenuidad los hijos que eran vendidos tres veces por el padre con arreglo al derecho antiguo, ni los que habian sido entregados por razon de deudas á sus acreedores, ó en noxa por sus padres: cuando recuperaban su libertad seguian siendo ingénuos, porque realmente no habian sido esclavos, si bien prestaban sus servicios del mismo modo que si lo fueran. Mas no debe inferirse de aquí que los ingénuos no podian perder su condicion primera: se verificaba esto siempre que estaban en verdadera y legítima esclavitud; así no recobraba la ingenuidad, aunque fuera manumitido, el mayor de veinte años que habiéndose vendido para participar del precio era reducido á la esclavitud.

TITULUS V.

De libertinis.

TITULO V.

De los libertinos.

Con la palabra *libertino* se designó primitivamente, segun dice Suetonio, á los hijos de los libertos que, como se ha visto en el título anterior, eran ingénuos. El uso despues la adoptó para los mismos que habian sido manumitidos de una esclavitud legítima, y esta es la significacion jurídica que tiene.

No se diferencian en el fondo las denominaciones de *libertino* y de

liberto, pero sí en el distinto modo de ser aplicadas: la de *libertino*, lo es con relacion al estado, en cuyo sentido se opone á la de ingénuo; la de *liberto*, con relacion al patrono, á la condicion privada del manumitido. Esto último requiere mayor explicacion. Siendo el esclavo, durante su cautiverio, solo una cosa que estaba en el dominio, cuando adquiria la libertad podia decirse que nacia civilmente, y que debia su sér al que le habia hecho tan señalado beneficio. Así es que el derecho consideraba á los libertos como unidos á los patronos por el fuerte vínculo de la agnacion, en cuya virtud llevaban tambien sus prenombres y sus nombres y quedaban ligados con ciertas obligaciones de consideracion, de obsequio y de provecho en favor de sus bienhechores: el liberto debia mirar como santa la persona del patrono (1), prestarle las obras oficiales, como dice Ulpiano, esto es, rendirle veneracion y respeto exterior en todos los actos (2); y las fabriles, es decir, las del oficio ó arte que profesaba, cuando despues de la manumision las ofrecia bajo juramento (3). Otros derechos tiene el patrono con relacion á la sucesion del liberto, de que se tratará oportunamente.

Libertini sunt, qui ex *justâ servitute* manumissi sunt.

Libertinos son los que han sido manumitidos de una esclavitud justa.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 11, Com. I de sus Inst;)

Comentario.

Justâ servitute.—Conviene tener presente lo que antes se ha dicho acerca de las frases de *ser esclavo* y *estar en servidumbre*, doctrina que sirve mucho para la perfecta inteligencia del texto. La palabra *justa* quiere decir legal.

Manumissio autem est *datio libertatis*. Nam quamdiù quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, et manumissus liberatur potestate. Quæ res à jure gentium originem sümpsit: utpotè cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita. Sed

Manumision, pues, es el otorgamiento de la libertad, porque mientras uno es esclavo, está bajo la *mano* y poder de otro, y el manumitido se liberta de este poder. Esto trae su orígen del derecho de gentes, puesto que naciendo todos libres con arreglo al natural, no podia haber manumision, porque no

(1) Ley 9, tít. XV, lib. XXXVII, del Dig.
(2) §. 1. ley 9, tít. I, lib. XXX del Dig.
(3) Ley 7 del mismo título y libro.

postea quam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines appellaremur, jure gentium tria genera hominum esse cœperunt, liberi, et his contrarium servi, et tertium genus libertini, qui desierant esse servi.

habria esclavitud. Pero despues que el derecho de gentes introdujo la esclavitud, se siguió el beneficio de la manumision: así, siendo antes una misma la denominacion de todos los hombres, por el derecho de gentes se empezaron á dividir en tres clases: los libres, por oposicion á ellos los esclavos, y en tercer lugar los libertinos, esto es, los que habian dejado de ser esclavos.

ORIGENES.

Copiado de Ulpiano. (Ley 4, tit. I, lib. I del Dig.)

Comentario.

Manumissio.—Manu-missio. La palabra *manus* significaba entre los antiguos lo mismo que *potestas*, poder, potestad, arbitrio. Así dice Pomponio (1) hablando de los primitivos tiempos de Roma, *omnia à regibus manu gubernabantur*. Ocasiones frecuentes habrá para examinar la significacion especial de esta palabra.

Datio libertatis.—El principio de la mannmision se funda en la consideracion de cosa que la ley daba al esclavo: como todo dueño podia abandonar el dominio de sus cosas, del mismo modo tenia el derecho de hacer dejacion del esclavo, y por lo tanto el de darle la libertad.

1 *Multis* autem *modis* manumissio procedit: aut enim ex sacris constitutionibus *in sacrosanctis ecclesiis*, aut *vindictâ*, aut *inter amicos, aut per epistolam*, aut *per testamentum*, aut *aliam quamlibet ultimam voluntatem*. Sed et *aliis multis modis* libertas servo competere potest, qui tàm ex veteribus, quàm nostris constitutionibus introducti sunt.

La manumision se hace de diferentes maneras: ó en las santas iglesias, segun las constituciones de los Emperadores, ó por la vindicta, ó entre amigos, ó por carta, ó por testamento, ó por cualquiera otra última voluntad. De otros muchos modos puede darse la libertad al esclavo con arreglo á las antiguas constituciones imperiales y á las que hemos promulgado. 1

ORIGENES.

Conforme con una constitucion del mismo Justiniano. (Tít. VI, lib. VIII, del Cód.)

Comentario.

Multis modis.—Habia modos solemnes de manumitir y otros que no lo eran. Los solemnes, únicos que daban originariamente la liber-

(1) §. 1, ley 2, tit. II, lib. I del Dig.

tad verdadera y eficaz, y despues la libertad con la ciudadanía, necesitaban la intervencion de la autoridad pública. Esto se fundaba en el principio de que la sociedad que abria su seno á la recepcion de un ciudadano, como tan interesada, debia tener participacion en el acto.

Los modos solemnes de manumitir eran por testamento, por el censo y por la *vindicta*. Al tratar separadamente de cada uno se verá que la sociedad intervenia directamente en el testamento, y que era representada por el censor en el censo, y en el rito de la vindicta por el magistrado.

Las demás clases de manumision por mucho tiempo solo tuvieron un carácter privado: el esclavo nada adquiria que hiciera referencia á su estado, ni al derecho público, porque ni estaba reputado como libre, ni como ciudadano: su manumision era solo un acto privado, en el que el señor le ofrecia no ejercer su dominio, promesa á que no daba fuerza el derecho civil estricto, porque no reconocia obligaciones entre señores y esclavos, viniendo por lo tanto á depender su subsistencia ó revocacion de la voluntad del que la habia hecho. Los pretores, interponiendo su oficio de equidad, empezaron despues á hacerla valedera, doctrina sancionada por la ley Junia Norbana, que declaró á los esclavos así manumitidos la libertad, y les negó la ciudadanía, como se dirá mas adelante.

In sacrosanctis ecclesiis.—La manumision en los templos cristianos reemplazó á la antigua del censo lustral. La del censo se hacia inscribiendo el censor con la voluntad del señor el nombre del esclavo en las tablas censuales, porque como en ellas solo constaban los ciudadanos y sus hijos, es claro que este otorgamiento del dueño equivalia á una declaracion pública de manumision. El censo, introducido en tiempo del rey Servio Tulio para conocer el número y riqueza de los ciudadanos y que se hacia cada cinco años, cayó en desuso en tiempo de los Emperadores. Constantino introdujo en lugar de esta manumision la que se hacia en los templos, viniendo á ejercerse así bajo los auspicios de la religion un acto que tan conforme era al espíritu de igualdad y fraternidad, que predicaba el cristianismo (1). Allí á presencia de los fieles y del clero que debia suscribir el acta, el señor manifestaba su voluntad, y desde el mismo momento el esclavo quedaba manumitido.

Vindictâ.—Diferentes y aun contradictorias son las noticias que de este modo de manumitir se leen en los autores. Despues de examinar detenidamente sus opiniones, creo que merece los honores de

(1) Ley 1 y 2, tít. XIII, lib. I del Cód.

la adopcion, como mas natural y verisimil, la que expone Mr. Ortolan al comentar este mismo texto. Para su comprension me parece necesario establecer préviamente algunas doctrinas, aun con peligro de parecer poco metódico. La libertad no estaba en el comercio, no era de consiguiente objeto de prescripcion; por lo tanto el que se hallaba reducido á injusta esclavitud podia en cualquier tiempo proclamar su libertad. Mas como podia suceder que no quisiese hacerlo, ó bien, como dice el jurisconsulto Ulpiano (1), en ódio á su familia para afrentarla, ó por cualquier otra razon, entonces sus ascendientes, sus descendientes y aun sus cognados estaban autorizados para reclamar la libertad aun á pesar suyo. Esto daba lugar al proceso llamado *causa liberalis*, á que consagra el Digesto uno de sus títulos (2). De aquí sacaron los romanos el rito de la manumision *per vindictam*, que no era mas que mera ficcion del proceso *liberalis causa*, que cuadraba perfectamente con el carácter simbólico del derecho primitivo. Estando delante del magistrado el señor y el esclavo, se presentaba un amigo de ellos ó un lictor haciendo de demandante, llamado en este juicio *adsertor libertatis*, y fingiendo reivindicar la libertad del esclavo: el señor no contestaba, y el magistrado declaraba la libertad. Entre las solemnidades de este juicio habia la de poner una varita *(festuca, vindicta)* sobre la cabeza del esclavo, cosa no especial á este negocio, sino á todas las vindicaciones, porque venia á ser un emblema de la propiedad; de aquí tomó nombre esa manumision. El orígen etimológico que da Titio Livio á la palabra *vindicta*, de Vindicio, esclavo de los Vitelios que fué premiado con la libertad por el senado, en recompensa de haber descubierto una conjuracion que se proponia restablecer el trono de Tarquino el Soberbio, nos parece mas ingenioso que verisímil.

Inter amicos, aut per epistolam.—La manumision *per epistolam* no requeria solemnidades, bastaba para ello el escrito en que el señor la otorgaba: mas Justiniano para evitar sin duda la mala fé de los que negaban falsamente la autenticidad del documento, é impedir la facilidad de fingirlo que tenian los esclavos fugitivos, estableció que fuera suscrito por cinco testigos (3). Igual número de testigo exigió (4) en la declaracion de libertad que el señor hacia entre sus amigos á favor del esclavo.

Per testamentum.—Oportunamente manifestaré cómo en su orígen los testamentos adquirieron el carácter de ley: basta aquí notar que la sociedad tenia intervencion en las manumisiones hechas por

(1) Ley 1, tít. XII, lib. XL del Dig.
(2) El citado título XII del lib. XL.
(3) §. 1, ley 1, tít. VI, lib. VII del Cód.
(4) §. 2 de la misma ley.

este medio. La facultad que dieron al señor las leyes de las Doce Tablas de disponer de sus cosas por última voluntad, se extendia á conceder la libertad al esclavo, que solo era cosa, como se ha manifestado. La libertad así adquirida podia ser directa ó fideicomisaria. La directa, esto es, la que inmediata é imperativamente venia del testador, podia dejarse ó expresa ó tácitamente: expresamente, como cuando decia: *sea libre mi esclavo Sempronio;* ejemplo de la tácita puede ser el de un testador que nombrase á un esclavo suyo tutor de sus hijos, porque es claro que implícitamente le daba la libertad, puesto que sin ella no podia encargarse de la tutela. En la libertad fideicomisaria debia además mediar otra persona á quien el testador rogaba que manumitiera al esclavo. Esta diferencia no era puramente formularia, sino que producia sus efectos. El manumitido directamente adquiria la libertad desde el momento en que habia un heredero, y no tenia patrono: por esto le llamaban *libertus orcinus* (ab orco), porque su patrono habia entrado en la mansion de los muertos. Aquel á quien se dejaba la libertad fideicomisaria, necesitaba por el contrario que se la diese el encargado de hacerlo, al que le quedaba el derecho de patronato (1).

Aliam quamlibet voluntatem.—Estas palabras hacen alusion á los codicilos.

Aliis multis modis.—Una constitucion de Justiniano (2) refiere los modos de que aquí solo hace indicacion. Estos son: 1.° Si el señor abandonaba al esclavo enfermo de peligro, echándole de su casa, sin procurarle un albergue en que fueran atendidas sus dolencias, en cuyo caso ni aun le quedaba reservado el derecho de patronato (3). 2.° Si prostituia la esclava que compró con la condicion de no hacerlo, porque entonces la mujer adquiria la libertad y no tenia patrono (4). 3.° Si el esclavo, con la voluntad del finado ó de su heredero, llevaba el gorro de la libertad en las exequias de su señor, porque merece castigo la ostentacion de ser humano dando la libertad á muchos, cuando es solo en apariencia (5). 4.° Si el señor casaba con un hombre libre á su esclava y le constituia dote (6). 5.° Si en una acta pública daba al esclavo el nombre de hijo (7), aunque esto no era suficiente para la adopcion, que requeria otras solemnidades. 6.° Si

(1) §. 2 del tít. XXIV, lib. II de estas Inst.
(2) Tít. VI, lib. VII del Cód.
(3) §. 3.
(4) §. 4.
(5) §. 5.
(6) §. 9.
(7) §. 10.

entregaba al esclavo ó destruia los documentos en que se acreditaba la esclavitud, si bien para evitar que los siervos los sustrajeran, y se procurasen así la libertad, se requeria la presencia de cinco testigos (1). Todos los demás modos de manumitir mencionados por los jurisconsultos, ó establecidos por las constituciones imperiales fueron derogados (2), y por lo tanto el llamado *per convivium* que se verificaba cuando el señor daba en su mesa al esclavo el lugar que solo podia tener como convidado.

2 Servi verò à dominis *semper* manumitti solent: adeò, ut *vel in transitu* manumittantur, veluti cum prætor aut proconsul aut præses in balneum vel in theatrum eat.

Los esclavos suelen ser manumitidos por sus señores en cualquiera tiempo; así lo son validamente de paso, por ejemplo, cuando el pretor, el procónsul ó el presidente van al baño ó al teatro. 2

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 20, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Semper vel in transitu.—Esto es, en cualquier dia fasto ó nefasto, y sin necesidad de estar en el tribunal; la razon es porque las manumisiones eran actos de jurisdiccion voluntaria.

3 Libertinorum autem status tripertitus *anteà fuerat.* Nam qui manumittebantur, modò *majorem et justam* libertatem consequebantur, et fiebant cives Romani; modò *minorem, et Latini* ex *lege Juniâ Norbanâ* fiebant; modò *inferiorem*, et fiebant ex *lege Æliâ Sentiâ dediticiorum* numero (*a*). Sed dediticiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abiit: Latinorum verò nomen non frequentabatur: ideòque nostra pietas omnia augere, et in meliorem statum reducere desiderans, in *duabus constitutionibus* hoc emendavit, et in pristinum statum reduxit, quia et à primis urbis Romæ cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est eadem, quam habebat manumissor, nisi quod sci-

El estado de los libertinos antes 3
era de tres clases, porque ya adquirian una libertad entera y completa y se hacian ciudadanos romanos, ya una libertad menor y eran latinos por la ley Junia Norbana, ya por último una libertad inferior y eran dediticios por la ley Elia Sencia (*a*). La miserable condicion de los dediticios habia caido en desuso desde tiempo antiguo, y el nombre de los latinos era ya raro. Por lo tanto, nuestro amor á la humanidad, deseando completarlo y mejorarlo todo, ha corregido esto y lo ha reducido á su primitivo estado con la publicacion de dos constituciones, porque en los antiguos tiempos de Roma èra una misma y simple la libertad que á todos competia, esto es, lo que tenia el manumitente, so-

(1) §. 11.
(2) §. 12.

cèt libertinus sit, qui manumittitur: licèt manumissor ingenuus sit. Et dediticios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas, suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quæstore, antiqui juris altercationes placavimus; Latinos autem Junianos, et omnem, quæ circa eos fuerat, observantiam, aliâ constitutione per ejusdem quæstoris suggestionem correximus, quæ inter imperiales radiat sanctiones. Et omnes libertos nullo, nec *ætatis manumissi*, nec *dominii manumissoris*, nec in manumissionis modò discrimini habito, sicuti anteà observabatur, civitate Romanâ donavimus: multis additis modis, per quos possit libertas servis, cum *civitate Romanâ*, quæ sola n præsenti est, præstari (*b*).

lo con la diferencia que el manumitido era libertino, aunque el manumitente fuera ingénuo. Así hemos suprimido los dediticios por una constitucion, que ha calmado las cuestiones del antiguo derecho, despues de oir los consejos de Triboniano, varon ilustre y cuestor. A sus instancias tambien hemos dado otra constitucion que brilla entre las leyes imperiales, quitando los latinos junianos y todo lo que les hacia referencia. De este modo hemos dado á todos los libertinos la ciudadanía romana, sin ninguna diferencia por razon de la edad del manumitido, ni del dominio del manumitente, ni de la forma de la manumision, como antes se verificaba; añadiendo muchos modos por los cuales pueda darse la libertad con la ciudadanía, única que existe actualmente (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§§. 12. 13, 16 y 17 de sus Inst.)
(*b*) Títulos V y VI del lib. VII del Cód.

Comentario.

Anteà fuerat.—Alude á los tiempos posteriores al establemiento del Imperio, porque durante los últimos reyes y en la república todos los manumitidos adquirian la libertad romana, lo cual se atribuye al rey Servio Tulio, que, á pesar de ser de condicion libertina, llegó á ocupar el trono de Rómulo. Aunque ciudadanos, eran sin embargo de un órden inferior: no gozaban de la ingenuidad, y solo podian ser adscritos en las cuatro tribus urbanas como en las menos nobles.

Majorem et justam.—La libertad romana, esto es, la libertad en toda su plenitud, que daba al manumitido juntamente la condicion de hombre y la consideracion de ciudadano. En su lugar oportuno se manifestará la extension y los efectos de la ciudadanía. Ahora me limitaré á decir que para dar esta libertad era necesario que la tuviese el manumitente, esto es, que fuera ciudadano y por lo tanto que le perteneciera el dominio quiritario sobre el esclavo; se requeria tambien que la manumision se hiciera de un modo solemne, porque, como se ha visto, solo en ellos la sociedad tenia participacion directa ó indirecta. Los demás modos de manumitir antes

de la ley Junia Norbana, solo eran de hecho, no de derecho; y por lo tanto los manumitidos en rigor quedaban esclavos, si bien el pretor sostenia su libertad (1) como he manifestado en el comentario del párrafo primero de este título.

Minorem.—La libertad menor, esto es, la de los *peregrinos.* Con objeto de no anticipar prematuramente las doctrinas, dejo la completa ilustracion de esta palabra para el título de la *capitis-diminucion.*

Latini.—Llámanse tambien Junianos. Cayo (2) nos manifiesta el orígen de las dos denominaciones. *Latinos*, porque la ley quiso que fueran libres, como los ciudadanos romanos ingénuos llevados desde la ciudad á las colonias del Lacio: *Junianos*, porque la ley Junia declaró su libertad, aunque no los llamó á participar de la ciudadanía. Consecuencia de esta clasificacion es que al mismo tiempo que eran admitidos á la participacion de algunos actos civiles, como peregrinos eran desechados de aquellos en que el rigor del derecho exigia la cualidad de romanos. Asi ni tenian el sufragio en las asambleas del pueblo, ni aptitud para el ejercicio de las funciones públicas, ni capacidad para la testamentifaccion activa ó pasiva; si bien podian recibir por fideicomiso, y ser compradores de la familia, *libripendes* ó testigos en el testamento *per æs et libram.* A su muerte puede decirse que renacia el dominio del señor porque heredaba sus bienes: así elegantemente expresa en otro lugar Justiniano (3), que al exhalar el último suspiro perdian la libertad y la vida. Varios eran los medios por los cuales los latinos podian llegar á obtener la libertad romana (4). Ulpiano en sus Reglas (5) los comprende bajo las palabras *beneficio principali*, *liberis*, *iteratione*, *militiâ*, *nave*, *ædificio*, *pistrino*. *Beneficio principali*, esto es, por rescripto imperial: *liberis*, cuando habiendo contraido el esclavo matrimonio con una ciudadana ó latina tenia un hijo: *iteratione*, si de nuevo era manumitido con las circunstancias que daban entrada en la ciudadanía: *militiâ*, militando en los vigiles por tres años: *nave*, si habia construido un buque, y por espacio de seis años trasportado en él granos á Roma: *ædificio*, fabricando una casa en la ciudad: *pistrino*, estableciendo una panadería.

Lege Juniâ Norbanâ.—La ley Junia Norbana, que fué publicada el año de 771 de la fundacion de Roma, imperando Tiberio y siendo cónsules M. Junio Silano y L. Junio Norbano Balbo, estableció

---

(1) §. 56, Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) §. 56, Com. III de las Inst. de Cayo.
(3) §. 4, tit. VIII, lib III de esta misma obra.
(4) §. 28 y siguientes, Com. I de las Inst. de Cayo.
(5) Tit. III.

que los manumitidos por medios no solemnes solo adquirieran la libertad latina.

Inferiorem.—*Pessima libertas*, la llama Cayo en sus Instituciones (1) por lo menguados que eran sus efectos.

Lege Æliâ Sentiâ.—De la ley Elia Sencia, publicada en el imperio de Augusto, siendo cónsules Sexto Elio Cato y C. Sencio Saturnino, año 757 de la fundacion de Roma, se habla con mayor extension en el título siguiente. Cumple solo á mi propósito en este, decir que los esclavos que por sus crímenes habian sido azotados, atormentados, marcados con un hierro ardiente, encadenados ó destinados á luchar con las fieras, si adquirian la libertad pertenecian á la clase de dediticios (2).

Dediticiorum.—Cayo en sus Instituciones (3) nos da el orígen de esta palabra: se aplicaba á los pueblos que habiendo tomado las armas contra Roma eran vencidos, y se entregaban á discrecion.

Duabus constitutionibus.—Se refiere á las dos constituciones, acerca de la supresion de la libertad latina y dediticia, que forman los títulos V y VI del libro VII del Código, de que habla despues en el mismo texto.

Ætatis manumissi.—Por la ley Elia Sencia estaba prevenido que no adquiriese la ciudadanía el esclavo menor de treinta años, manumitido en testamento; y que los que lo eran *per vindictam*, solo la obtuviesen cuando precediera causa justa aprobada en consejo, palabra que se explicará en el mismo título.

Dominii manumissoris.—Difícil es comprender claramente el texto en las ediciones en que á la palabra *dominii* reemplaza la de *domini*, porque esta última lectura no cuadra bien á la prohibicion que tenian los señores menores de veinte años de manumitir, por la ley Elia Sencia, lo que despues modificó Justiniano (4). Por esto me parece acertada la opinion de los que leen *dominii*, esto es, sin distincion del dominio quiritario ó bonitario. He aceptado para la traduccion esta lectura, fiel al texto que tengo elegido como mas correcto.

Civitate romanâ.—Aunque en tiempo del Emperador Antonino Caracalla se habia concedido la cualidad de ciudadanos romanos á todos los súbditos del Imperio, esto era solo para igualar los que habitaban sus diversos territorios: la diferencia de los derechos, que dimanaban del nacimiento y de la condicion libertina, quedó subsistente hasta Justiniano. Así puede decirse que Caracalla igualó á

(1) §. 26, Com. I.
(2) §. 11, tit. I de las Reg. de Ulpiano.
(3) §. 4, Com. I.
(4) §. 4, del tit. sig.

todos los ingénuos que habitaban los dilatados dominios de Roma. Justiniano hizo otro tanto entre las diversas clases de libertinos, y aun es de añadir que no contento con esto niveló por una novela (1) á los ingénuos y á los libertinos, si bien dejó intactos los derechos de patronato.

Al concluir este comentario reputo conveniente, para evitar la confusion que podria resultar por efecto de no seguir Justiniano en el texto el órden cronológico de las leyes, hacer un lijero resúmen que la disipe. Al principio, solo habia una clase de libertad, la libertad romana, que por completo adquiria el manumitido, cuando lo era por un ciudadano, único que podía trasmitírsela. Los modos de hacerlo eran los solemnes: el testamento, el censo, la vindicta, en que como se ha visto tenia participacion la ciudad. Todos los demás medios carecian de fuerza legal; los manumitidos por ellos estaban en libertad, pero no eran libres: los pretores con su oficio de equidad precedieron al derecho escrito en sostener las manumisiones de esta clase. La ley Elia Sencia, sin hacer ninguna variacion, previno que solo algunos manumitidos tuvieran la condicion de dediticios: como las manumisiones reconocidas hasta entonces eran únicamente las solemnes, es claro que á ellas se referia la ley; las demás continuaron del mismo modo que anteriormente. La ley Junia Norbana, estableciendo la libertad latina para los manumitidos por modos no solemnes, convirtió en derecho para los esclavos lo que antes solo tenian por la costumbre, y por la jurisdiccion equitativa del magistrado. Justiniano vino por último á destruir, primero la diferencia entre las diversas clases de libertinos, despues la de los ingénuos y libertinos salvando el patronato. Resulta, pues, que la libertad romana precedió á todas, que la siguió la dediticia y que la última fué la latina.

TITULUS VI.

Qui, quibus ex causis, manumittere non possunt.

TITULO VI.

De las personas que no pueden manumitir, y de las causas que impiden hacerlo.

Terencio, Plauto, Tácito y Dionisio Halicarnaso, pintando con colores animados la degradacion de las costumbres, debida en gran parte á la esperanza de la libertad, que arrastraba á los esclavos á ser instrumentos de crímenes, nos hacen conocer los motivos que

(1) La 78.

en los primeros tiempos del Imperio promovieron las leyes odiosas, de que el Emperador Justiniano trata en este título y en el siguiente. Ya se procuraban los esclavos, por medio de robos y prostituciones, el dinero que la avaricia de sus dueños les exigia para rescatar su libertad; ya la estipulaban como premio de los homicidios y envenenamientos en que estaban asociados, ó de los servicios que, abusando de la inexperiencia de la juventud, les prestaban en sus extravios; ya ofrecian dar como precio del rescate las distribuciones gratuitas que se repartian á los indigentes, y que como libres percibirian. Contribuyeron á este desórden el orgullo, la ambicion y la mala fé de algunos ciudadanos, que manumitian sus esclavos para dar gran ostentacion á los funerales, ó para tener mayor número de partidarios, ó para burlarse de sus acreedores.

La ley Elia Sencia, de que ya hemos hablado en el título anterior, trató de cohibir esta licencia, como se conoce por las disposiciones que quedan antes mencionadas, por las que ahora se expondrán, y por otras, que aunque no de tanta importancia, correspondian perfectamente á su objeto, y que omitiré por no salir de los límites de mi propósito. Solo añadiré que satisfizo tanto á Augusto esta ley, que, segun dice el mencionado Dionisio Halicarnaso, recomendó su observancia á Tiberio y al senado entre sus últimos encargos.

Non tamen cuicumque volenti manumittere licet. Nam is, qui *in fraudem creditorum, manumittit, nihil agit*; quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

No es lícito, sin embargo, á todos hacer manumisiones, porque el que manumite en fraude de los acreedores nada hace, pues que la ley Elia Sencia impide la libertad.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§§. 36 y 37, Com. 1 de sus Inst.).

Comentario.

In fraudem creditorum manumittit.—Los esclavos constituian parte de la riqueza entre los antiguos: dándoles la libertad, el que estaba cargado de deudas podia hacerse insolvente del todo ó en parte. Esto es lo que se trató de evitar, declarando nulas las libertades dadas para defraudar á los acreedores. De la misma redaccion del texto aparece que deben incurrir la intencion y el efecto, como despues mas explícitamente dice el Emperador.

Nihil agit.—Quiere decir: la libertad es nula, se reputa no dada, á diferencia de las enajenaciones de los demás bienes que se hacian en fraude de los acreedores, que eran válidas, y se revocaban por la accion Pauliana. Debe aquí advertirse la diferencia entre la nulidad y la rescision de una cosa. La nulidad supone insubsistente

por sí, y sin fuerza alguna legal el acto á que se refiere: la rescision, por el contrario, supone que, siendo el acto en su principio válido y produciendo efectos civiles, se destruye en virtud de otras causas legítimas que aparecen despues. Como *la libertad*, segun decian los romanos, *una vez dada no podia revocarse* (1), es claro que tenian que declarar su nulidad para ser consecuentes al principio, y conservar su derecho á los acreedores. No puede sin embargo negarse que, á pesar de que las leyes hablan generalmente con esta precision (2), hay otras en que se dice (3) que la libertad dada en fraude de los acredores se rescinde ó se revoca. Aunque poco inclinado á conciliar leyes, porque no creo en la infalibilidad de los legisladores, me parece que muy bien puede decirse que estas últimas expresiones deben entenderse usadas, impropiamente, en el sentido de que la manumision no queda desde luego sin efecto, sino que está pendiente hasta que los acreedores usen de su derecho, prueben que ha existido el fraude y obtengan sentencia favorable. Mientras esto subsistia indeciso, los esclavos eran *statu-liberos* (4).

1 Licet autem domino, qui solvendo non est, testamento servum suum cum libertate hæredem instetuere, ut fiat liber hæresque ei *solus* et *necessarius*, si modò nemo alius ex eo testamento hæres extiterit, aut quia nemo hæres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, quâlibet ex causâ hæres non extitèrit. Idque eàdem lege Æliâ Sentiâ provisum est (*a*), *et rectè*: *valdè* enim *prospiciendum erat*, ut egentes homines, quibus alius hæres extiturus non esset, vel servum suum necessarium hæredem habeant, qui satisfacturus esset creditoribus, aut, hoc eo non faciente, creditores res hæreditarias servi nomine vendant, ne injurià defunctus afficiatur (*b*).

El señor insolvente puede dar en testamento á un esclavo suyo la herencia con la libertad, para que sea libre y su heredero único y necesario, con tal que no exista otro heredero en este testamento, bien sea porque no haya ninguno instituido, ó porque el instituido no llegue á serlo por cualquier causa. La misma ley Elia Sencia previno esto (*a*) con razon, porque debia atenderse á que los hombres pobres, que no tuvieran otro heredero, pudiesen al menos dejar un esclavo suyo como heredero necesario, el cual satisfaciera á los acreedores, y no haciéndolo, pudieran estos vender los bienes hereditarios en nombre del esclavo, y así la memoria del difunto no recibiese ninguna injuria (*b*). 1

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Ulpiano. (§. 14 del tít. 1 de sus Reglas).
(*b*) Tomado de Cayó. (§. 154 del Com. II de sus Inst.).

(1) §. 5, tit. XI, lib. III de estas Inst.
(2) §. inicial de la ley 5, tit. IX, lib. XL del Dig.: y leyes 11 y 26 del mismo título.
(3) §. 2 de la citada ley 5, tit. IX, lib. XL del Dig.; y ley 1, tit. XI, lib. VII del Cód.
(4) §. 1, ley 1, tit VII, lib. XL del Dig.

Comentario.

Solus.—Esto es: porque haya sido instituido solo, ó porque habiéndolo sido con otros, faltando estos haya llegado á ser heredero único, sin tener por sustituto á un hombre libre, que seria llamado antes que él (1). Cuando eran dos los esclavos instituidos, mútuamente se impedian la libertad; pero faltando uno antes de la apertura del testamento, el otro la adquiria (2). No sucedia lo mismo cuando uno era instituido y se sustituia vulgarmente al otro, pues entonces el primer llamado era el que adquiria la libertad y la herencia (3).

Necessarius.—Llamábase así al esclavo propio instituido heredero, porque no estaba en su arbitrio aceptar ó repudiar la herencia, sino que forzosamente tenia que adirla, ó por mejor decir, era heredero en virtud de la ley sin necesidad de la adicion. En otra parte de esta obra se desenvuelven mas estas doctrinas.

Et rectè.—Justa llama aquí el Emperador á esta disposicion de la ley Elia Sencía, que conservó en la parte compatible con sus reformas, porque igualados los libertinos no habia ya lugar á conceder al esclavo único, heredero necesario, la libertad romana en lugar de la deditícia. A las razones que lo aconsejaban, tan conformes con las costumbres, se agregaba tambien la de que la intencion del testador no era perjudicar á sus acreedores.

Valdè prospiciendum erat.—Esto se fundaba en la nota de oprobio que imponia la opinion á los deudores insolventes. De este modo al mismo tiempo que el esclavo salvaba de ella á su señor, conseguia la libertad, la ciudadanía y la facultad de adquirir en lo sucesivo, como en otro lugar aparecerá mas extensamente.

2 Idemque juris est, etsi sine libertate servus hæres institutus est. Quod nostra constitutio non solùm in domino, qui solvendo non est, sed generaliter *constituit*, novâ humanitatis ratione-ut ex ipsâ scripturâ institutionis etiam libertas ei competere videautr-cum non est verisimile, eum, quem hæredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere vo-

Lo mismo acontece aunque el esclavo haya sido instituido heredero sin hacer expresion de su libertad. Nuestra constitucion no solamente estableció esto acerca del señor insolvente, sino por punto general y por razones de humanidad, determinó que con solo la institucion de heredero competa la libertad, porque no es verisímil que el señor que elige por heredero á su 2

(1) Ley 57, tit. V, lib. XXVIII del Dig.
(2) Leyes 42 y 43 del mismo título.
(3) Ley 60 del mismo título; y Ulpiano, §. 14 del tit. 1 de sus Reglas.

luisse, et neminem sibi hæredem fore.

esclavo sin hacer expresion de la libertad, quiera que permanezca en la esclavitud, y que por lo tanto quede su voluntad sin efecto.

ORIGENES.

Esta es la constitucion de Justiniano que forma la ley 5, tít. XXVII, lib. VII del Código.

Comentario.

Constituit.—Justiniano (1) fué el que terminó la cuestion pendiente entre los antiguos jurisconsultos sobre esto, decidiéndose por la opinion del menor número. La voluntad presunta del testador le sirvió de norma para la resolucion, pues parece claro que el que quiere el fin no desecha los medios indispensables para llegar á él. Quizá los que eran de diferente dictámen se fundaron en que parecia absurdo que una cosa tan preciosa como la libertad se considerara consecuencia de otra mucho menos esencial, cual era la herencia.

3 In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est, vel qui, datis libertatibus, desiturus est solvendo esse (*a*). *Prævaluisse* tamen videtur, *nisi animum* quoque fraudandi manumissor habuit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant (*b*): sæpè enim de facultatibus suis ampliùs, quàm in his est, sperant homines (*c*). Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est, et consilio manumittentis, et ipsâ re, eo quod bona non suffectura sunt creditoribus (*d*).

Se entiende que manumite en fraude de los acreedores aquel que, al tiempo que lo hace, está ya insolvente, ó que por manumitir viene á estarlo (*a*). Ha prevalecido sin embargo el principio de que si él no tuvo intencion de defraudar, la libertad subsista aunque sus bienes no basten al pago de los acreedores (*b*), porque muchas veces esperan los hombres mas de sus recursos que lo que en realidad pueden dar de sí (*c*). Así entendemos que la libertad es nula, cuando los acreedores son defraudados bajo estos dos aspectos: por la intencion del manumitente, y por el hecho mismo de no bastar sus bienes para satisfacer á sus acreedores (*d*). 3

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (Ley 10, tít. XI. lib. XL del Dig.)
(*b*) Conforme con Juliano. (Ley 15, tít. VIII, lib. XLII del Dig.)
(*c*) Copiado de Cayo. (Ley 10 antes citada.)
(*d*) Constitucion del Emperador Alejandro. (Ley 1, tít. XI, lib. VII del Cód.)

---

(3) Ley 5, tit. XXVII, lib. VI, del Cód.

Comentario.

Prævaluisse.—Porque la opinion que adoptó Justiniano, aunque conforme con la mayor parte de los jurisconsultos, no era la única, y por lo tanto no tenia la aquiescencia universal, siguió al jurisconsulto Juliano (1), que habia adoptado la opinion de los sabinianos, diferente de la de Cayo en este punto.

Nisi animum.—No es esto peculiar al perjuicio causado á los acreedores, sino general á todos los fraudes: por eso en derecho criminal no basta para reputar á uno delincuente que traspase una ley penal; es además indispensable que sea la trasgresion voluntaria.

4 Eâdem lege Æliâ Sentiâ domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, *quàm si vindictâ, apud consilium, justa causa* manumissionis *adprobata* fuerit.

Por la misma ley Elia Sencia el señor, menor de veinte años, no puede manumitir sino por el rito de *vindicta*, despues de aprobada por el consejo la causa justa de la manumision. 4

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 38, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Quam si vindictâ.—Muchos son los jurisconsultos que cambian la lectura de este texto: paréceme sin embargo que, tal como está, tiene un sentido natural y jurídico. Lo primero, se conoce por la traduccion que de él presento: lo segundo, por la explicacion que voy á dar al comentar esta palabra y las demás que lo requieren. El rito de *vindicta* era el único en que intervenia la autoridad judicial: natural, pues, era que por él se hiciera la manumision que requeria conocimiento de causa.

Apud consilium.—Las manumisiones, como queda dicho antes, podian hacerse por regla general cuando el magistrado iba de paso y no ocupaba su tribunal. Esto se fundaba en que no requerian conocimiento de causa. Siempre, pues, que la ley exigia que precediese investigacion y aprobacion, era necesario guardar las fórmulas y el tiempo señalado para la administracion de justicia. A esto aluden las palabras *apud consilium*, es decir, á presencia del consejo (*conventus*), compuesto en Roma del pretor, de cinco senadores y de cinco caballeros; y en las provincias, del gobernador y de veinte *recuperatores* ciudadanos romanos (2).

(1) Ley 15, tít. VIII, lib. XLII del Dig.
(2) §. 20, Com. I de las Inst. de Cayo.

Justa causa adprobata.—En el texto siguiente se refieren las diferentes causas reputadas como justas, cuya aprobacion debia preceder á las manumisiones hechas por los menores de veinte años, con objeto de evitar que dieran inconsideradamente la libertad.

5 Justæ autem manumissionis causæ sunt: *veluti* si quis *patrem*, aut *matrem*, aut filium filiamve, aut fratrem sororemve naturales, aut pædagogum, aut nutricem educatoremve, aut alumnum alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut servum, *procuratoris habendi* gratiâ, aut ancillam, matrimonii causâ, dùm tamen intra sex menses uxor ducatur, nisi *justa causa* impediat, et qui manumittitur procuratoris habendi gratiâ ne minor septem et decem annis manumittatur.

Las causas justas de la manumision son, por ejemplo, si alguno quiere manumitir á su padre, á su madre, á su hijo, á su hija, á su hermano ó á su hermana naturales, á su preceptor, á su nodriza, á su ayo, á su alumno ó alumna, á su hermano de leche, á un esclavo para tener un procurador, ó á una esclava para casarse con ella; con tal que el matrimonio se celebre dentro de seis meses, á no ser que lo impida una causa legal: el esclavo manumitido para ser procurador no debe tener menos de diez y siete años. 5

ORIGENES.

Tomado de Ulpiano. (Leyes 11, 12 y 13, tít. II, lib. XL del Dig.).

Comentario.

Veluti.—Esta palabra nos hace conocer que solo están puestos como ejemplo los casos que el texto refiere. Así vemos inserto en el Digesto un fragmento de Marciano (1), segun el que es justa causa de manumision haber librado á su señor del peligro de la muerte ó de la infamia; y otro de Paulo (2) que dice: que con relacion al tiempo pasado puede haber muchas causas justas de manumision, tales como haber ayudado al señor en una batalla, haberlo defendido de ladrones, haberlo cuidado en sus enfermedades, ó haber descubierto las asechanzas fraguadas en su daño; y por último, que son tantas las causas de manumision cuantos son los motivos honestos que pueden aconsejarla, motivos que deben ser apreciados por la prudencia del magistrado.

Patrem, matrem.—Podia suceder que uno tuviera por esclavos á sus padres, hijos ó hermanos. Pondré solo un ejemplo: cuando una familia entera estaba en esclavitud, si el señor nombraba heredero á uno de sus individuos, este venia á ser el dueño del resto de ella.

(1) Ley 9, tít. II, lib. XL del Dig.
(2) §. 1 de la ley 15 del mismo título y libro

Alumnum alumnamve.—La palabra *alumnus* se refiere tanto al que alimenta, como al que es alimentado.

Procuratoris habendi.—Los esclavos podian administrar los bienes de sus señores, pero no *postular*, esto es, manifestar ante el juez las acciones y excepciones que á su dueño competian; para ello necesitaban adquirir la libertad y tener la edad de diez y siete años, circunstancia que exige el texto en sus últimas palabras. No me parece probable la opinion de Cujas, que fundado en ellas supone que solo se refiere la manumision, de que habla el texto, al procurador judicial.

Matrimonii causâ.—Para casarse el mismo manumitente con la esclava (1). Es claro por lo tanto que no teniendo ambos capacidad legal para el matrimonio, no podia tener lugar la manumision por esta causa. El casamiento debia verificarse en el término de seis meses desde la manumision, lo cual prometia con juramento el señor al hacerla, estando mientras tanto suspenso el estado de la esclava (2).

Justa causa.—Por ejemplo, si era elevado el manumitente al senado, puesto que la ley prohibia el matrimonio del senador con la libertina. Esta justa causa debia originarse despues de la manumision, porque no parece regular que sirviera de pretesto para ella un matrimonio que segun las leyes no podia celebrarse.

6 Semel autem causa adprobata, sive vera, sive falsa sit, *non retractatur.*	Una vez aprobada la causa de la manumision, bien sea cierta ó bien falsa, no se retracta. 6

ORIGENES.

Tomado de Marciano. (§. 1 de la ley 9, tít. II, lib. XL del Dig.)

Comentario.

Non rĕtractatur.—Porque, segun queda ya dicho, la libertad una vez dada no puede retractarse. Por esto, como dice Teófilo, debia impugnarse la manumision mientras estaba pendiente su otorgamiento.

7 Cum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus sit, eveniebat, ut, qui quatuordecim annos ætatis expleverit, licèt testamentum facere pos-	Habiendo fijado la ley Elia Sencia á los señores menores de veinte años ciertos límites para manumitir, acontecia que el que habia cumplido catorce años, aunque tenia la facultad de hacer testamento, ins- 7

(1) Ley 21, tít. IX, lib. XL del Dig.
(2) Ley 13, tít. II, lib. XL del Dig.

sit, et in eo hæredem sibi instituere legataque relinquere possit, tamen, si adhùc minor sit annis viginti, libertatem servo *dare non poterat* (*a*). *Quod non erat ferendum.* Si is, cui tutorum bonorum in testamento dispositio data erat, uni servo libertatem dare non permittebatur, quare non similiter ei, quemadmodùm alias res, ita et *servos suos* in ultima voluntate disponere, quemadmodùm voluerit, permittimus, ut et libertatem eis possit præstare? Sed cum libertas *inæstimabilis est*, et propter hoc ante vigesimum ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat: ideò nos *mediam* quodammodò *viam* eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi septimum et decimum annum impleverit, et octavum decimum tetigerit. Cum enim antiquitas hujusmodi ætati et pro aliis postulare concessit, cur non etiam sui judicii stabilitas ità eos adjuvare credatùr, ut et ad libertates dandas servis suis possint provenire?

tituir heredero y dejar mandas, si era menor de veinte años no podia dar la libertad á un esclavo (*a*). Esto era insostenible por la contradiccion que envuelve que el que tenia facultad para disponer absolutamente en su testamento de todos sus bienes, no pudiese dar la libertad á un solo esclavo. Por esto nosotros le hemos permitido disponer á su grado en última voluntad de los esclavos como de los demás bienes, y darles por consiguiente la libertad. Pero siendo esta un bien inestimable, en lo que se fundaba la antigüedad para prohibir que la diera el señor menor de viente años; eligiendo nosotros el término medio, permitimos que lo pueda hacer en testamento con tal que haya cumplido los diez y siete años y haya entrado en los diez y ocho. Porque habiendo permitido la antigüedad á esta edad el *postular* por otros, ¿por qué no se ha de creer que tienen la suficiente madurez de juicio para obtener el derecho de dar la libertad á sus esclavos?

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 40, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Dare non poterat.—Porque solo podia manumitir por el rito de *vindicta* ante el consejo, y conocida y aprobada la causa, segun antes queda expuesto.

Quod non erat ferendum.—Desconoce aquí Justiniano la verdadera razon que hubo para impedir á los menores de veinte años dar libertad en testamento. No se les prohibia disponer, cuando testaban, de los esclavos, trasmitiéndolos como las demás cosas del patrimonio, sino solo el manumitirlos: y esta diferencia es muy esencial, porque siendo esclavos, indiferente era para el órden público que estuvieran en potestad de uno ó de otro; pero cuando adquirian la libertad y la ciudadania, interesaba al Estado que no se les diera derechos importantes sin tener la madurez conveniente.

Servos suos.—El distinto aspecto, bajo que la cuestion de esclavitud se consideraba en los imperios de Augusto y de Justiniano, produce los diversos principios aplicados á las manumisiones. La ciudadanía y el remedio de los abusos que desmoralizaban á Roma fueron el motivo de las leyes de la primera época: la cuestion de humanidad era el blanco de la últtima.

Inæstimabilis est.—La libertad era en efecto inestimable para el esclavo; pero no para su señor, que admitia como equivalente el precio de la venta, ni en sentido de las leyes romanas, que consideraban á los esclavos como parte del patrimonio en cuyo concepto se vendian, permutaban y hacian objeto de comercio: no era esta, pues, la razon que tuvieron los antiguos para poner limitacion á las manumisiones, sino la que antes dejo mencionada.

Mediam viam.—Adoptando Justiniano el término medio dejó en pié contra su disposicion el argumento que acababa de hacer contra la ley Elia Sencia. Podia perfectamente aplicar á su reforma las palabras: *Quod non erat ferendum.*

TITULUS VII.

De lege Furia Caninia sublata.

Lege Furiâ Caniniâ certus modus constitutus erat in servis *testamento* manumittendis (*a*). Quam, quasi libertatibus impedientem et quodammodò invidam, tollendam esse censuimus, cum satis fuerat inhumanum, vivos quidèm licentiam habère, totam suam *familiam* libertate donare, nisi *alia causa* impediat libertati, morientibus autem hujusmodi licentiam adimere (*b*).

TITULO VII.

De la abrogacion de la ley Furia Caninia.

Por la ley Furia Caninia se habia circunscrito á determinados límites la facultad de dar libertad por testamento (*a*). Nosotros hemos creido que debiamos abrgarla como opuesta á la libertad y en cierta manera odiosa: porque era bastante inhumano, despues de facultar á los vivos para dar libertad á todos sus esclavos, si no existia algun otro impedimento, quitar el mismo derecho á los que morian (*b*).

ORIGENES.

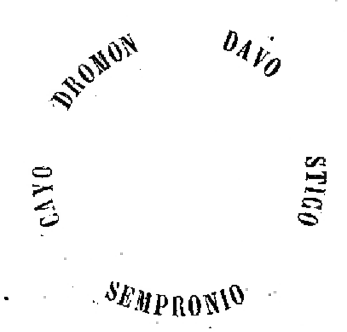
(*a*) Copiado de Cayo. (§. 42, Com. I de sus Inst.)
(*b*) Constitucion del Emperador Justiniano, tít. III, lib. VII del Código.

Comentario.

Lege Furiâ Caniniâ.—Despues de examinar las discusiones que suscitan los eruditos acerca del orígen de la ley Fusia Caninia ó Furia Caninia, cuya diversidad de nombres dimana de que los antiguos frecuentemente usaban la *s* por la *r*, me inclino á creer que fué publicada

en el Imperio de Augusto y año 771 de la fundacion de Roma, siendo cónsules Furio Camilo y C. Caninio Galo.

Certus modus.—La ley Furia Caninia establecia que solo pudieran hacerse manumisiones testamentarias en la proporcion siguiente: el que poseia desde tres hasta diez esclavos la mitad: desde once hasta treinta la tercera parte: desde treinta y uno hasta ciento la cuarta parte: desde ciento y uno hasta quinientos la quinta parte; siendo de advertir que nunca era lícito dar la libertad á mas de ciento, y que el que solo tenia uno ó dos podia manumitirlos (1). En el caso de que se manumitiera á mayor número, solo los primeros nombrados, hasta el permitido, conseguian la libertad. Como la ley Furia Caninia consideraba nulas las manumisiones hechas en su fraude, no era libre ninguno, cuando ascendiendo de la proporcion indicada los ponia el testador en círculo con objeto de que no se supiera quién era el primero y el último nombrado (2). Por ejemplo, si uno que tenia siete esclavos dijera en su testamento: sean libres



Testamento.—Acomodándose la ley á lo que mas frecuentemente ocurria, se limitó á las manumisiones en testamento, porque nunca era mas de temer la generosidad del hombre que cuando no le costaba hacer ningun sacrificio que refluyera en su daño: pareció al legislador suficiente estímulo el interés individual para no esperar manumisiones en masa, que privaran al señor en vida de gran parte de su riqueza. El lujo de los funerales, fundado muy principalmente en el número de manumitidos, que con el gorro de la libertad habian de aumentar el cortejo fúnebre, incitaba á algunos á ser pródigos, llevando así la ostentacion y el fausto hasta la pira.

Familiam.—Esto es: todos los esclavos que las leyes, y los antiguos con frecuencia, designan bajo el nombre de *familia* (3).

Alia causa.—Por ejemplo: si la manumision era en fraude de los acreedores.

(1) §. 42, Com. I de las Inst. de Cayo.
(2) §. 46, del mismo Comentario.
(3) §. 5 de la ley 195, tít. XVI, lib. L del Dig.

TITULUS VIII.

De his, qui sui, vel alieni juris sunt.

TITULO VIII.

De los que son dueños de sí mismos, y de los que están sujetos á potestad ajena.

Desde este título empieza ya á hablarse de la sociedad doméstica, de la familia. Necesario es por lo tanto dar algunas ideas generales acerca de su formacion: sin ella seria difícil comprender los derechos y las obligaciones que sucesivamente van á desenvolverse. Cuanto mas remota sea la época de la historia que se busque para formar una idea de la familia romana, tanto mas diferente se encontrará de la que nos ofrecen las sociedades modernas. El estado, la religion y el poder doméstico le imprimian un sello especial desconocido de los demás pueblos: ocasiones se presentarán de demostrar las consecuencias que esto producia en el órden político y religioso, y la intervencion de la ciudad y del culto en su constitucion. Aquí debo limitarme solo al órden puramente civil, al interior, al privado de la familia.

Cada familia en Roma era una sociedad cuyo jefe ejercia una autoridad sin límites; su base no eran los vínculos de la sangre, sino los del poder; poder tan absoluto, que todo lo absorbia, y que resistia á la idea de que pudiese haber otra *persona* en la familia. De principio tan exclusivo era consecuencia inmediata que todos los seres humanos, que todos los bienes que habia en la familia, fueran propiedad absoluta de su jefe. Esta constitucion especial que ni partia principalmente del matrimonio, ni se extendia solo á la generacion, ni siempre la comprendia toda, daba un carácter y una fisonomía singular á cuanto le era referente. Así con frecuencia la mujer, la madre natural de la familia, no pertenecia á ella: así los hijos, disuelto el vínculo del poder paterno, eran extraños, al paso que los extraños, que entraban en potestad, igualmente que los esclavos, venian á pertenecer á la familia.

Mas entre los individuos de la familia habia algunos que solo pertenecian á ella por el vínculo del poder, como los esclavos, y otros además por los lazos de un parentesco civil, que llamaban *agnacion*.

La agnacion subsistia despues de la muerte del jefe, aunque la familia se resolvia en tantas otras cuantos eran los hijos que se hacian indepedientes. Este vínculo civil se extendia tambien á los individuos que nacian despues.

Los que no eran agnados, aunque unidos por la sangre, solo tenian un parentesco natural llamado *cognacion*, al que el derecho

primitivo no daba consideracion, limitándose sus efectes al matrimonio.

Esta explicacion no basta para poder conocer las diferentes acepciones en que se tomaba la palabra familia: por eso es conveniente hacer alguna mayor indicacion. La familia, en su significacion mas lata, en la que tambien se llamaba *domus*, comprendia á cuantos estaban sujetos á la potestad ó bien paterna, ó bien señorial de su jefe, y en su significacion mas estricta solo á los que dependian del poder paterno. Mas, como segun queda dicho, á pesar de romperse el vínculo de potestad con la muerte del jefe, la agnacion continuaba, viniendo así una familia á componerse de otras familias, que estaban entre sí enlazadas con un vínculo civil, de aquí dimanaba que bajo esta acepcion se comprendia á las veces á todos los agnados. Hállase tambien frecuentemente usada la palabra *familia* haciendo solamente relacion á los esclavos, como he tenido ocasion de observar en el título precedente. Por último, en muchas ocasiones se referia la palabra *familia*, no á las personas sino á las cosas, al patrimonio; en este sentido la ley de las Doce Tablas dice: *Agnatus proximus familiam habeto* (1).

Baste aquí lo dicho: mas adelante se ampliarán estas indicaciones y se hablará de la afinidad.

De esta idea general, que acabo de dar, se infiere que las personas, para usar de la misma voz del Emperador, ó eran dueños de sí mismos, ó estában sujetos á la potestad de otro; ó lo que es lo mismo: que eran jefes ó súbditos en el órden civil de la familia.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ *sui juris* sunt, quædam alieno juri subjectæ sunt; rursùs earum, quæ alieno juri subjectæ sunt, *aliæ in potestate parentum*, aliæ in potestate dominorum sunt. Videamus itaque de his, quæ alieno juri subjectæ sunt; nam si cognoverimus, quæ istæ personæ sunt, simùl intelligemus, quæ sui juris sunt.

Sigue otra division de las personas, porque algunos son dueños de sí mismos y otros están sujetos á la potestad ajena. De los que están sujetos á la potestad ajena, unos están bajo la de sus ascendientes y otros bajo la de sus señores. Tratemos aquí de los que están sujetos á la potestad ajena, porque así sabremos quiénes son dueños de sí mismos.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§§. 48, 49 y 50. Com. I de sus Inst.).

Comentario.

Sui juris.—No encontramos una palabra tan expresiva en nues-

(1) Leyes 195 y 196 del tít. XVI del lib. I del Dig.

tro idioma que pueda con igual concision expresar la misma idea. El vocablo *jus* tiene en este caso una acepcion especial, es como si dijéramos potestad, y por lo tanto *persona sui juris* quiere decir, el que no reconoce sobre sí potestad doméstica alguna: al contrario, la expresion *alieni juris* se refiere al que está sometido á la potestad del padre ó del señor. Las personas comprendidas en el primer caso, se llaman *pater* ó *mater familias*, palabras que significan cabeza de la sociedad doméstica; es indiferente, pues, que aquellas personas sean mayores ó menores de edad, que estén ó no casadas, que tengan ó que no tengan hijos; si en el momento en que nacen no están sujetas á potestad de otro, son en la misma cuna padres ó madres de familia (1). Mas esta última denominacion se negaba á las mujeres que no vivian honestamente, aunque les correspondiese por su estado: en este sentido dice Ulpiano (2), que las buenas costumbres hacen la madre de familia.

Los que están sometidos al poder de otro ó son esclavos, como hemos visto en los títulos anteriores, ó hijos é hijas de familia (3).

Aliæ in potestate.—Cayo, de quien está tomado todo el texto, dice: *aliæ in potestate, aliæ in manu, aliæ in mancipio sunt.* Justiniano al copiarlo introdujo esta modificacion, que la diferencia de épocas y las alteraciones del derecho hacian necesaria, porque ni la potestad especial que el marido tenia en lo antiguo sobre la mujer, potestad que se designaba con el nombre de *manus*, ni la que tenia uno en virtud de la emancipacion sobre un hombre libre por el derecho primitivo, estaban ya en observancia.

Parentum. Se usa esta palabra con preferencia á la de *patrum*, porque, como luego se verá, los nietos estaban frecuentemente en potestad de los abuelos.

Ac priùs dispiciamus de his, quæ in potestate dominorum sit.	Tratemos primeramente de los que están en poder de sus señores.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 51, Com. I de sus Inst.)

1 In potestate itaque dominorum sunt servi. Quæ quidèm potestas *juris gentium* est : nam apud omnes peræquè gentes animadvertere possumus, dominis in servos *vitæ necisque* potestatem esse. Et quodcumque *per servum acquiritur*, id domino acquiritur.	Los esclavos están en poder de los señores: esta potestad dimana del derecho de gentes, porque podemos observar que, en casi todos los pueblos, los señores han tenido el derecho de vida y muerte sobre sus esclavos, y que todo lo que adquieren estos, lo adquieren para los señores. 1

(1) Ley 4, tit. VI, lib. I del Dig.
(2) §. 1 de la ley 46, tít. XVI, lib. I del Dig.
(3) Dicha ley 4, tit. VI, lib. I del Dig.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§ 52, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Juris gentium.—Queda ya explicado en otro lugar el sentido en que se decia que la esclavitud era de derecho de gentes: lo que ahora nos dice el Emperador es una consecuencia necesaria de su anterior doctrina: el dominio ó poder sobre los esclavos debe ser forzosamente del mismo derecho que la esclavitud, puesto que resulta de esta.

Vitæ necisque.—Los progresos de la cultura cambiaron este principio bárbaro, como se vé ya en el párrafo siguiente.

Per servum acquiritur.—Aunque no de tanta consecuencia, hubo tambien algunas mezquinas concesiones acerca de las adquisiciones hechas por los esclavos, de que trataré oportunamente.

2 Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet, sine *causâ legibus cognitâ*, et supra modum in servos suos *sævire*. Nam ex constitutione divi Pii Antonini, qui sine causâ servum suum occiderit, *non minùs puniri* jubetur, quàm qui servum alienum occiderit. Sed et *major asperitas* dominorum ejusdem principis constitutione coërcetur. Nam consultus à quibusdam præsidibus provinciarum de his servis, qui *ad ædem sacram*, vel *ad statuas principum* confugiunt, præcepit, ut, si intolerabilis videatur dominorum sævitia, cogantur servos *bonis conditionibus vendere*, ut pretium dominis daretur. Et rectè: expedit enim reipublicæ, ne quis rem suam malè utatur (*a*). Cujus rescripti, ad Ælium Marcianum emissi, verba hæc sunt: «Dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam »esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi. Sed »*dominorum interest*, ne auxilium »contra sævitiam, vel famem, vel »intolerabilem injuriam denegetur »his, qui justè deprecantur. Ideòque »cognosce de querelis eorum, qui *ex*

Pero en la actualidad no es permitido á ninguno de nuestros súbditos castigar con exceso y sin motivo legal á sus esclavos, porque en virtud de una constitucion del Emperador Pio Antonino, el que sin causa mata á un esclavo propio debe ser castigado del mismo modo que si matase al ajeno. Esta misma constitucion ha reprimido el excesivo rigor de los señores; porque consultado aquel Emperador por algunos presidentes de provincias acerca de los esclavos que se acogian á los templos ó á las estátuas de los Emperadores, mandó que si la crueldad de los señores pareciera intolerable, fueran obligados á vender sus esclavos con buenas condiciones, y que se les entregase el precio. Y con razon, porque el Estado está interesado en que ninguno abuse de sus cosas (*a*). Hé aquí los términos de este rescripto dirigido á Elio Marciano: «Conveniente es que se conserve »intacta la potestad de los señores »sobre sus esclavos y que á ninguno »se le despoje de su derecho; pero »tambien es del interés de los señores, que no se niegue el auxilio que 2

»*familiâ Julii Sabini* ad statuam »confugerunt; et si vel duriùs habi»tos, quàm æquum est, vel infami »injuriâ affectos cognoveris, veniri »jube, ita ut in potestatem domini »non revertantur. Qui Sabinus si »meæ constitutioni fraudem fecerit, »sciet, me admissum severiùs execu»turum.» (*b*).

»los esclavos reclaman justamente »contra la crueldad, contra el ham»bre y contra injurias intolerables. »Toma, pues, conocimiento de las »quejas de los esclavos de la familia »de Julio Sabino que se han acogido »á la estátua, y si llegares á enten»der que han sido tratados con mas »dureza de la justa, ó injuriados in»famemente, mándalos vender de »modo que no vuelvan á entrar en »la potestad de su dueño. Y si este »Sabino elude mi constitucion, se»pa que yo le castigaré mas severa»mente.» (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Gayo. (§. 53, Com. I de sus Inst.)
(*b*) A imitacion de Ulpiano copia los palabras del Emperador Pio. (Ley 2, tít. VI, lib. 1 del Dig.).

Comentario.

Causâ legibus cognitâ.—Todas las causas que son motivos de justificacion en la muerte de un hombre, lo eran tambien en la del esclavo. Así, el que mataba al esclavo en justa defensa estaba en su derecho y no incurria en delito.

Supra modum sævire.—La historia nos trasmite con horror la bárbara crueldad de los señores, que inventando suplicios nuevos apacentaban sus ojos con el sangriento espectáculo de los sufrimientos de los esclavos. Desde los primeros tiempos del Imperio fué refrenándose este rigor: Augusto encargó al prefecto de la ciudad que cohibiese la crueldad y la avaricia de los que llegaban á negar á sus esclavos el alimento indispensable: á su época tambien debe referirse en nuestro concepto la ley Petronia (1), por la que no podian estos ser arrojados á lidiar con las bestias, sin que el juez, convencido de la justicia de la queja, lo acordase. El Emperador Cláudio castigó la inhumanidad de los que abandonaban los esclavos enfermos, con la pérdida de estos, como se ha dicho en otro lugar (2). Adriano, mas que ningun otro, protegió la mísera condicion de los que gemian en la esclavitud, y relegó por cinco años á la matrona Umbricia á causa del trato atroz que por ligeros motivos habia dado á unas esclavas. Así sucesivamente se fué haciendo menos opresora la institucion de la esclavitud.

(1) §. 2, ley 11, tít. VIII, lib. XLVIII del Dig.
(2) §. 5, tít. VI, lib. VIII del Cód.

Non minùs puniri.—Esto es, como reo de homicidio, porque la ley Cornelia de *sicariis*, á que alude el texto, no hace distincion entre la muerte dada al libre ó al esclavo; uno y otro están comprendidos bajo la palabra *homo* de que se usa.

Major asperitas.—Los señores conservaron la facultad de imponer castigos módicos á los esclavos aun despues de la constitucion del Emperador Antonino. Constantino, que tambien consideró como homicida al que de propósito los mataba (1), permitió que se les azotara con varas y con cuerdas, y que se los tuviera encadenados para custodiarlos.

Ad ædem sacram.—Los templos de los dioses, entre los idólatras eran lugares de asilo, como lo fueron despues los de los cristianos, si bien al darles esta inmunidad los Emperadores excluyeron á los reos de delitos graves (2) conforme al espíritu de la ley divina, que manda que se arranque del altar al homicida.

Ad statuas principum.—Las estátuas de los príncipes fueron tambien asilo, como los templos (3), cosa natural en un pueblo que ofrece ejemplos de deificar á sus Césares.

Bonis conditionibus.—El precio de la venta debia ser el justo, y no onerosas ni irritantes las condiciones del contrato: tales serian, por ejemplo, la de no manumitir al esclavo, ó la de tenerle siempre cargado de prisiones. La bondad de condiciones se refiere tanto al señor como al esclavo: al señor, porque siempre se le aseguraba el precio de la venta: al esclavo, porque el contrato debia contener la cláusula de que no volveria jamás á poder del señor, que así habia abusado de su poder, ni podian ponerse condiciones que empeorásen la suerte del vendido.

Vendere.—Es regla general, y de pocas limitaciones, que el señor es árbitro de vender ó no vender lo que le pertenece en pleno dominio. Sin embargo, la utilidad pública hace admitir algunas escepciones: así se obliga en tiempo de carestía al dueño de subsistencias á venderlas: así en casi todos los paises hay leyes de expropiacion, segun las cuales, satisfaciéndose préviamente la indemnizacion correspondiente, el Estado, una provincia, ó un pueblo adquieren el dominio del terreno que es necesario para obras de conveniencia general, á pesar de la repugnancia de su dueño. Esta facultad de la sociedad ha dado lugar á la doctrina del *dominio eminente*, expresion impropia si se quiere, pero que por mucho tiempo ha servido para explicar la idea á que debió su origen.

---

(1) Tit. XIV, lib. IX del Cód.
(2) Tit. XIV, lib. I del Cód.; y nov. 37.
(3) §. 1, de la ley 1, tit. XII, lib. I del Dig.

Dominorum interest.—Porque, como dice Teófilo, los esclavos reducidos á la desesperacion podian huir ó quizá suicidarse.

Ex familiâ Julii Sabini.—La palabra *familia* está aquí tomada en su acepcion mas lata, que comprendia á los esclavos.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Mucha diferencia hay entre la constitucion de la familia española y la de la romana, que queda expuesta. Entre nosotros no es la potestad, sino la sangre la base de la familia: así pertenecen á esta todos los que descienden de un mismo tronco, los cuales son parientes entre sí para los diferentes efectos civiles, con tal que estén en el grado marcado por la ley, mas ó menos próximo, segun el derecho de que se trate. El jefe de la familia, si bien se halla revestido de la potestad necesaria para conservar el órden y promover el bien de la sociedad doméstica, igualmente que para educar á los hijos, como se verá en el título siguiente, no tiene una autoridad ilimitada ni en su extension, ni en su ejercicio. Es verdad que el hijo, por regla general, no sale del poder paterno al llegar á la edad en que por sí mismo puede dirigirse; pero inmediatamente que contrae matrimonio consigue su emancipacion por solo el ministerio de la ley, adquiere el usufructo de los bienes adventicios (1), y al entrar en los diez y ocho años es el administrador legítimo de sus bienes y los de su mujer (2). Así queda constituido á su vez jefe de familia del mismo modo que el que es emancipado; pero esta adquisicion de independencia no afloja en nada los antiguos vínculos civiles, ni altera el órden de las sucesiones, ni hace diferentes las condiciones, de los hijos. Podemos considerar, por lo tanto, que la emancipacion, sea legal, voluntaria, ó forzosa, mas que á constituir otra familia viene á crear una rama nueva de la familia antigua, que, si bien es independiente por lo que hace á la potestad paterna, queda ligada con vínculos naturales y civiles, que son indisolubles, al tronco de que procede. Consecuencia de esto es, que las palabras *agnacion* y *cognacion* no tengan por lo comun entre nosotros especial significacion jurídica, á no ser en las vinculaciones, en que estén usadas segun su acepcion antigua.

---

(1) Ley 3, tít. V, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Ley 7, tít. II, lib. X de la Nov. Rec.

TITULUS IX.

De patria potestate.

TITULO IX.

De la potestad paterna.

La doctrina que en el título anterior queda expuesta acerca de la constitucion de la familia romana, es la base de la que se desenvuelve en este. El poder absoluto, sin ninguna clase de restricciones, fué desde la cuna de la ciudad el principio de la potestad paterna: en su consecuencia el hijo se consideraba como una cosa, que estaba en el dominio quiritario del jefe de la familia. Su condicion se equiparaba á la del esclavo, y aun bajo cierto aspecto era peor; puesto que este se libertaba por la manumision del poder ajeno, y el hijo varon necesitaba ser manumitido hasta por tercera vez para adquirir su independencia. La palabra *potestas*, pues, no significa aquí el poder que la naturaleza, el sentimiento general de los hombres, y las leyes de la mayor parte de los pueblos otorgan al padre para la educacion del hijo, y en bien de toda la familia; tiene una acepcion peculiar en el derecho romano, que quedará bien comprendida con las doctrinas que mas adelante se expondrán.

In potestate nostrâ sunt liberi nostri, quos *ex justis nuptiis* procreaverimus.

Los hijos, que hemos procreado de justas nuptias, están en nuestra potestad.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 55, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Ex justis nuptiis.—Los hijos habidos de matrimonio justo ó legítimo están bajo la potestad de su padre y se llaman legítimos. La ley en la imposibilidad de fijar la certeza de la filiacion, establece un principio de moralidad, fundado en la presuncion: en su virtud el matrimonio es el que designa la paternidad, á no ser que se pruebe lo contrario de un modo incontestable (1). Legítimo es tambien el que, concebido antes del matrimonio, ha nacido despues de celebrado; del mismo modo que el que ha nacido en los diez meses siguientes á su disolucion (2). Los que han nacido fuera de matrimonio, para los efectos civiles no tienen padre, y como la madre carece de pátria potestad, son desde luego dueños de sí mismos.

(1) Ley 6, tit. VI, lib. I del Dig.
(2) §. 11 de la ley 5, tit. XVI, lib. XXXVIII del Dig.

1 *Nuptiæ* autem *sive matrimonium* est *viri et mulieris conjunctio, individuam* consuetudinem vitæ continens.

Nupcias ó matrimonio es la union del varon y la mujer, que contiene la obligacion de vivir en una comunidad indisoluble. 1

ORIGENES.

Conforme con Modestino. (Ley 1, tít. II, lib. XXIII del Dig.)

Comentario.

Nuptiæ sive matrimonium.—Estas palabras que Justiniano pone como sinónimas, lo son en efecto en mucha leyes; sin embargo, en otras se hallan usadas con mas precision, aplicándose la de nupcias á las ceremonias y ritos del casamiento, y la de matrimonio al mismo contrato. Estas acepciones guardan mas conformidad con la etimología, pues que las nupcias se llaman así *à nubendo*, del velo con que por pudor la desposada cubria la cabeza; y el matrimonio, ó *à matris munere*, ó *à matris nomine*, ó simplemente *à matre*, esto es, del nombre y obligaciones que le correspondian como madre.

Viri et mulieris.—La poligamia simultánea estaba prohibida entre los romanos.

Conjunctio.—El consentimiento de los contrayentes, que es el alma del contrato, y la cohabitacion para llenar su fin. Esta sin embargo no es indispensable para la perfeccion del matrimonio, aunque es su consumacion. *Nuptias non concubitus sed consensus facit*, dicen sucinta y elegantemente los jurisconsultos.

Individuam.—La palabra *individuum* tiene dos acepciones jurídicas: en una comprende lo que es comun á varios y está sin dividirse (1): en otra lo que es indivisible. Ambas significaciones se acomodan perfectamente al matrimonio, que por su institucion, por su fin y por el voto de los contrayentes era perpétuo, aunque se disolvia por causas justas y graves (2). Pueden tambien aludir las palabras *individuam consuetudinem* á la igualdád de condicion de los cónyuges, á su comunidad de suerte, y á su asimilacion en lo humano y en lo divino. Modestino (3) sustituye á las últimas palabras de la definicion de Justiniano las de *consortium omnis vitæ divini et humani juris communicatio*, porque la mujer estaba obligada á vivir con el marido, y participaba de sus dioses domésticos en los términos que expondré en el título siguiente.

---

(1) §. 6. ley 32. tit, VII, lib. XXVI del Dig.
(2) Capitulos 8 y 9 de la nov. 117.
(3) Ley I, tit II, lib. XXIII del Dig.

2 Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, *proprium est civium Romanorum*: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.

La potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propia de los ciudadanos romanos, porque no hay otros pueblos que la tengan igual á la nuestra. 2

ORIGENES.

Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 55, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Proprium est civium Romanorum.—La patria potestad de los romanos, como una consecuencia del dominio quiritario, era de derecho civil. Así no tenia los límites que la razon y el consentimiento general de los pueblos suelen prefijarle, pues ni competia á ambos padres, ni reconocia por objeto principal la educacion de los hijos, ni terminaba cuando estos podian llegar á constituir otras familias. Efecto de tal consideracion era que el padre en su calidad de juez doméstico tenia el derecho de vida y muerte sobre su hijo, que podia venderlo, darlo en noxa, hacer propias todas sus adquisiciones, y extender sobre sus nietos el mismo poder ilimitado. La costumbre en un principio, y despues las leyes vinieron á dulcificar esta institucion, quedando limitada la potestad del padre: primero, á castigar módicamente á los hijos por las faltas que cometian, siendo peculiar del juez el conocimiento de sus delitos (1): segundo, á vender el hijo reciennacido, *sanguinolento*, como le llama el Emperador Constantino, solo en el caso de extrema necesidad (2): tercero, hacer suyas ó tener participacion en las adquisiciones de los hijos, doctrina que será desenvuelta al hablar de los peculios: cuarto, á retener en su poder á sus descendientes por línea de varon.

3 Qui igitur ex te et uxore tuâ nascitur in tuâ potestate est. Itèm qui *ex filio tuo et uxore ejus* nascitur, id est nepos tuus et neptis, æquè in tuâ sunt potestate, et pronepos et proneptis, et deinceps cœteri (*a*). Qui tamen *ex filiâ tuâ* nascitur, in tuâ potestate non est, sed in patris ejus (*b*).

El que nace de tí y de tú mujer está en tu potestad. Igualmente lo está el que nace de tu hijo y de su mujer, esto es, tu nieto y tu nieta, y tu bisnieto y tu bisnieta, y así sucesivamente (*a*). Mas el hijo de tu hija no está en tu potestad, sino en la de su padre (*b*). 3

ORIGENES.

(*a*) Tomado casi literalmente de Ulpiano. (Ley 4, tít. VI, lib. I del Dig.)
(*b*) Conforme con Cayo. (§. 1, ley 196, tít. XVI, lib. L del Dig.)

---

(1) Ley 3, tít. XLVI, lib. VIII del Código.
(2) Ley 2, tít. XLIII, lib. IV del Código.

Comentario.

Ex filio tuo et uxore ejus.—El matrimonio no libertaba al hijo de la potestad paterna, y por lo tanto á no ser que este hubiera sido emancipado, ó que por cualquier otra causa se hubiera libertado de ella, continuaba en dominio quiritario de su padre, el cual por consecuencia tenia propiedad sobre sus nietos.

Ex filiâ tuâ.—Los descendientes por línea femenina no estaban bajo la potestad del abuelo materno, aun en el caso de que la hija no hubiera salido de ella por el matrimonio: correspondian siempre al padre ó al abuelo paterno: con la familia de la madre solo estaban unidos por la cognacion, esto es, por el parentesco natural, mas no por la agnacion, que era, como ya queda dicho, el vínculo civil fundado en la potestad.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

De la descripcion de la familia española, que se hizo en el título anterior, se infiere que no tiene cabida entre nosotros el principio romano, que consideraba á los hijos como una propiedad del padre; doctrina de la cual se derivaron las consecuencias absurdas, que vinieron á convertir la autoridad paterna en una tiranía insoportable. Nuestras leyes, mas conformes con los sentimientos de la naturaleza, solo confian al padre, sobre sus hijos legítimos, la potestad que es necesaria para la educacion, y para el bien de toda la familia: así el poder paterno es una magistratura doméstica de autoridad y proteccion, que da al padre derechos, al mismo tiempo que le impone deberes rigurosos. Estos derechos y estos deberes sirven para mantener el órden de la familia, conteniendo á cada uno de los que la componen en el círculo de sus obligaciones naturales y civiles.

Las obligaciones del padre son principalmente la manutencion y educacion de sus hijos. La primera le corresponde como jefe de la familia y administrador de la sociedad doméstica; pero no es especial á él solo, sino extensiva tambien, en algunos casos, á la madre y á los abuelos. El Fuero Real (1) y las Partidas (2) dan reglas minuciosas al efecto: en virtud de sus disposiciones, el padre tiene por regla general la obligacion de alimentar á sus hijos legítimos y naturales reconocidos; obligacion que es exclusiva de la madre respecto de los demás

(1) Ley 3, tit. VIII, lib. III.
(2) Leyes 1, 2, 3, 4, 5 y 6, tit. XIX, Part. IV.

ilegítimos, y de los legítimos hasta los tres años, si bien siendo pobre será mantenida en este tiempo por el padre. En el caso de separacion legal, la obligacion de mantener á los hijos recae sobre el que dió causa á ella y el derecho de retenerlos es del inocente; pero ninguno de los cónyuges se libertará de esta obligacion si él es rico y el otro es pobre. Los abuelos respectivamente reemplazan á los padres, si estos carecen de bienes y medios para proporcionar la subsistencia de sus hijos. Todos se libertan de esta obligacion cuando los hijos tienen lo necesario para subsistir, ó son tan ingratos que acusan, ó procuran la muerte, la deshonra ó la pérdida de los bienes de sus progenitores. La ley impone en punto á alimentos las mismas obligaciones á los descendientes respeto de los ascendientes, que á estos respecto de aquellos.

Para cumplir con el deber que tiene el padre de educar á sus hijos, la ley concede el derecho de módica correccion, y encarga á los magistrados que suplan su negligencia ó su imposibilidad (1).

Los derechos del padre son principalmente: el de nombrar tutor testamentario á sus hijos, el de sustituirlos pupilarmente, el de desheredarlos con justa causa, el de mejorarlos y el de aprovecharse de parte de sus bienes. Las Instituciones que comento presentarán ocasion oportuna de hablar de cada uno de estos derechos, de los que algunos son extensivos á otras personas que no tienen poder paterno.

TITULUS X.

De nuptiis.

TITULO X.

De las nupcias.

El matrimonio, base de las familias, primer elemento de órden en el Estado, é institucion que une á los hombres con los vínculos mas fuertes y duraderos, ha sido en los paises civilizados objeto de reglas y de solemnidades que reveláran su importancia. Casi todos los pueblos han invocado tambien á la religion, para que santificase con su intervencion saludable un acto de tanta trascendencia en el órden político, en el civil y en la felicidad de los que lo celebran. Así sucedió en Roma, ya durante la idolatría, ya despues que Constantino abrazó el cristianismo. Esta intervencion de la religion no tenia, sin embargo, en tiempo del Emperador Justiniano, carácter alguno legal; y el matrimonio civil, en que la sociedad no estaba representada, ve-

(1) Leyes 3, tit. XX, Part. II; y 10, tít. XXXI del lib. XII de la Nov. Recop.

nia á ser un acto particular, que ni exigia ritos ni ceremonias: las que se observaban ó eran costumbres, que el uso habia introducido para honrar mas el matrimonio, pero que nada influia en su esencia, ó se referian al ingreso de la mujer en la familia civil del marido, esto es, á la agnacion; pero ajenas unas y otras al mismo contrato conyugal, ni lo fortalecian con su intervencion ni lo debilitaban por su falta.

Puede decirse que la opinion general de los jurisconsultos considera el matrimonio de los romanos como un contrato consensual, para el que bastaba la voluntad acorde de los contrayentes: de esta opinion son entre otros Vinnio, Heineccio, Warnkœnig, Etienne y Du Caurroy, que refieren á la solemnidad nupcial los textos que exigen la presencia de la mujer, y al contrato mismo los que solo hablan del consentimiento. Ortolan sostiene una opinion que puede llamarse nueva: fundado en razones eruditas y sólidas, sostiene que el matrimonio romano era un contrato real, que requeria la tradicion de la mujer. Aunque no desconozco que esta opinion singular puede ser impugnada con fuertes argumentos, me parece mas probable que la contraria. Así se encuentra explicacion fácil á la imposibilidad legal que tenia la mujer de contraer matrimonio por procurador ó por carta (1), lo que, á ser meramente consensual el contrato, le seria permitido como en los demás actos de la misma clase (2): así se comprende bien la razon en que se funda que el varon ausente pueda contraer matrimonio por procurador ó carta, cuando es conducida la mujer á su domicilio (3); así por último se conoce el orígen etimológico de las frases *uxorem ducere, uxor duci* para significar el casamiento.

La entrega de la mujer, pues, era de esencia en mi opinion, aunque no indispensable que fuera real, porque, del mismo modo que en los demás contratos (4), habia lugar aquí á la tradicion fingida, bastando para ella que quedara la mujer á disposicion del marido. Esto se verificaba cuando era conducida á la casa de su esposo, acto que solia ennoblecerse con la pompa nupcial, descrita por los antiguos con tan poéticos colores.

No era necesaria la extension del acta del matrimonio, que podia probarse del mismo modo que todos los demás contratos (5). Sin embargo, frecuentemente se formaba, ó bien fuera para prueba del ma-

---

(1) Ley 5, tít. II, lib. XXIII, del Dig.
(2) §. 2, ley 1, tít. I, lib. XVIII del Dig.
(3) Dicha ley 5 del tít. II del lib. XXIII del Dig.
(4) §. 21, ley 1, tít. II, lib. XLI del Dig.
(5) Leyes 9, 13 y 22, tít. IV, lib. V del Cód.

trimonio, *nuptiales tabulæ*, ó bien para la regulacion de los bienes, *instrumenta dotalia*. Mas es de advertir que las leyes antiguas exigian el contrato dotal siempre que el matrimonio se verificaba entre personas de desigual condicion. Justiniano, que elevó al sólio en la Emperatriz Teodora á una actriz, que habia divertido al pueblo en los espectáculos, y á una prostituta que lo habia escandalizado en el *embolum*, suprimió esta necesidad (1), aunque poco constante la volvió á exigir despues (2) en los matrimonios de personas revestidas de altas dignidades.

No debe confundirse el matrimonio con los esponsales, ó sea con la promesa de contraerlo (3): fueron estos de frecuente uso entre los romanos y podian tener lugar por voluntad de los contrayentes, desde la edad de siete años, con el consentimiento de las personas en cuyo poder estaban (4). Solian intervenir arras, que perdia por regla general la parte que espontáneamente se separaba de la obligacion, á cuyo cumplimiento no se la compelia (5).

Mas el matrimonio, aunque era el fundamento de la potestad paterna, no bastaba por sí solo, segun el derecho antiguo de los romanos, á dar á la mujer entrada en la familia del marido: para esto se requeria la confarreacion, la coempcion ó el uso; modos simbólicos y muy adecuados al carácter y genio especial de la antigua jurisprudencia. Por ellos, la mujer, entrando en la comunion de los lares domésticos, venia á ser hija de su marido, y hermana de sus hijos; y, perdiendo los vínculos de la agnacion antigua, los adquiria en la familia á que pasaba. A esta entrada de la mujer en la familia del marido se llámaba *conventio in manum*, palabra que, como queda indicado en otra parte, quiere decir potestad, y que especialmente servia para señalar la que el marido tenia sobre la mujer.

No pertenece á mi objeto la minuciosa descripcion de estos ritos: haré solo algunas indicaciones generales. La confarreacion era una solemnidad sacerdotal, de origen etrusco, que se pierde en las tinieblas de la antigüedad; no peculiar, como algunos han supuesto, á los Pontífices y Flámines, sino comun á todos los ciudadanos. En ella á presencia de diez testigos, se hacia á los dioses un sacrificio en que mediaba un pan de farro ó escanda, *farreum*, y despues de intervenir ciertas fórmulas y palabras solemnes, la mujer pasaba á potestad del marido, *conveniabat in manum viri*. Este rito estaba ya casi del todo desusado en la cuna del Imperio, quedando aun subsistente

(1) §. 7, ley 23, tít. IV, lib. V del Cód.
(2) §. 1, cap. 4 de la novela LXXIV.
(3) Ley 1, tit. I, lib. XXIII del Dig.
(4) Leyes 11, 12, 13 y 14 del mismo título I.
(5) Leyes 3, 5 y 6, tít. I. lib. V del Cód.

el de la coempcion, que, segun la opinion mas comun, fué tambien una ceremonia accesoria de la confarreacion. La coempcion consistia en una venta civil de la mujer por el modo de la mancipacion. Por último el uso no era mas que le usucapion, modo quiritario de obtener el dominio, aplicado á la adquisicion de la mujer: esto se verificaba por la cohabitacion no interrumpida durante tres noches consecutivas en el espacio de un año.

De estos modos la mujer adquiria el nombre de madre de familias, al mismo tiempo que era hija de familia en casa del marido. Cuando la potestad marital no se constituia por ninguno de ellos, conservaba la mujer sus derechos en la familia de su orígen, y se llamaba *matrona*. Pocos vestigios quedaron de todas estas costumbres.

Justas autem nuptias inter se *cives Romani*, contrahunt, qui secundùm præcepta legum coëunt, *masculi* quidèm *puberes*, feminæ autem viripotentes, sive patresfamilias sint, sive filiifamilias, dùm tamen filiifamilias et *consensum* habeant *parentum*, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere, et *civilis et naturalis ratio* suadet in tantum, ut *jussum parentis præcedere* debeat (*a*). Undè quæsitum est an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit? Cumquè *super filio* variabatur, nostra processit decisio, quâ permisum est, ad exemplum filiæ furiosi filium quoquè posse, et sine patris interventu, matrimonium sibi copulari secundùm datum *ex constitutione* modum (*b*).

Contraen matrimonio los ciudadanos romanos que se unen segun las leyes: los varones á la pubertad, las mujeres núbiles, bien sean padres ó hijos de familia; con tal que estos últimos obtengan antes el consentimiento de los padres, bajo cuya potestad están, porque el derecho civil y la razon natural aconsejan que el consentimiento del padre preceda al matrimonio (*a*). De aquí ha dimanado la cuestion acerca de si podrán contraer matrimonio el hijo ó la hija de un loco, y como no habia conformidad de opiniones acerca del hijo, hemos decidido que, del mismo modo que la hija, pueda contraer matrimonio sin la intervencion del padre, en los términos que nuestra constitucion establece (*b*.)

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Ulpiano. (§§. 2, 4 y 6, cap. 5 de sus Reglas.)
(*b*) Ley 25, tít. IV, lib. V del Cód.

Comentario.

Cives Romani.—Hé aqui todo lo que quedó de la antigua separacion de castas, que, para conservar su pureza, solo permitian el matrimonio entre sus individuos. La ley Canuleya destruyó el impedimento que obstruia el matrimonio entre personas del órden patricio y plebeyo; la Papia Poppea el que existia entre ingénuos y libertinos, y Justiniano, invocando la clemencia divina y queriendo imitarla, per-

mitió la mezcla de la sangre senatorial con la libertina y abyecta (1). Quedó solo subsistente la barrera que separaba á los ciudadanos de los que no lo eran; pero esta prohibicion no tenia ni con mucho la extension antigua, porque desde el tiempo de Caracalla, como ya se ha dicho, se extendió el nombre de ciudadanos romanos á todos los habitantes del Imperio. El matrimonio que contraian los *peregrinos* no era nulo: valia segun los principios del derecho de gentes, aunque no producia los efectos que el de los romanos, ni tenia el nombre *nuptiæ*, si bien era comprendido bajo el genérico de matrimonio (2). Ya he manifestado en otro lugar que las uniones de los esclavos, llamadas *contubernia*, no producian efecto alguno legal.

Masculi puberes.—Siguió aqui la ley á la naturaleza, y permitió el matrimonio, cuando el desarrollo de las fuerzas físicas estaba verificado. No hallándose primitivamente marcado el tiempo de la pubertad, que se prefijó despues en la edad de doce años para las hembras, y en la de catorce para los varones, el juicio de los padres suplia el silencio de la ley. Además de que antes de la pubertad los cónyuges no serian hábiles para el matrimonio, hay otra razon para fijarla como punto de partida para el matrimonio, y es que solo desde ella pueden contraerse obligaciones, y el matrimonio es el mas importante de todos los contratos. El matrimonio contraido antes es nulo; pero se convierte en válido desde la pubertad (3).

Consensum.—El consentimiento de los contrayentes y el de los padres eran de esencia en el matrimonio. Por falta de capacidad para prestarle, no podian casarse los que estaban privados del ejercicio de sus facultades intelectuales (4). Este consentimiento rechaza la violencia: así es que el padre no podia compeler á su hijo para que se casara (5). Mas no se entienda que es violentado el hijo cuando, sumiso y deferente con su padre, conviene en un matrimonio que abandonado á su sola voluntad no hubiera contraido (6).

Parentum.—El padre civil, esto es, el que tenia la pátria potestad, debia dar el consentimiento para el matrimonio, lo cual era un corolario del poder de que estaba revestido. Así es que solo por consideracion á él gozaba de esta preeminencia: el hijo emancipado no necesitaba ese consentimiento, y el arrogado debia obtener el de su padre adoptivo. Sin embargo, este principio, inconcuso por derecho antiguo,

---

(1) Ley 23, tit. IV, lib. V del Cód.
(2) §. 1 de la ley 13 del tit. V, lib. XLVIII del Dig.
(3) Ley 4, tit. II, lib. XXII del Dig.
(4) §. 2 de la ley 16, tit. II, lib. XXIII del Dig.
(5) Ley 21 del citado título y libro.
(6) Ley 22 del mismo título y libro

sufrió despues alguna modificacion, puesto que, á falta de padre, la hija menor de veinte y cinco años debia obtener el consentimiento de su madre y de sus próximos parientes (1), á pesar de que ni estaba sujeta á aquella, ni á estos por el vínculo civil de la potestad paterna; y es que, á pesar del rigor del derecho, continuamente filtraban en las leyes principios mas filosóficos y menos exclusivos.

Mas cuando el hijo estaba constituido en potestad del abuelo, despues de cuya muerte habia de recaer en la de su padre, se requeria además el consentimiento de este; lo contrario sucedia respecto de la hija (2): la razon de la diferencia es, porque si en el matrimonio del varon no mediara el consentimiento del padre, podria suceder que le nacieran herederos contra su voluntad, lo que el derecho civil repugnaba, como se dirá mas adelante; peligro que no existia en el matrimonio de la mujer, cuya descendencia no tenia las consideraciones de la agnacion.

Civilis et naturalis ratio.—La razon civil es la del poder paterno, que, como se ha visto, daba un absoluto dominio al jefe de la familia sobre todos los que la formaban: la natural consiste en que la prudencia de los padres y su amor á la descendencia pueden evitar los peligros, á que la juventud está expuesta por la inexperiencia ó el furor de las pasiones.

Jussum parentis.—No se infiere de la palabra *jussum* que el hijo de familia necesitaba para el matrimonio órden formal, ni expresa manifestacion del padre: su consentimiento, aunque fuera tácito, bastaba al efecto. Aun hay leyes que se contentan en casos dados con el consentimiento presunto: así cuando por tres años se ignoraba la existencia ó el paradero del padre, ó este caia en poder de enemigos, podian los hijos ó las hijas casarse, haciéndolo en el último caso con persona de que estuviesen seguros que el padre no rechazaria (3). Cuando los padres injustamente no daban su consentimiento á los hijos, los procónsules y presidentes de las provincias los compelian á ello, en virtud de una constitucion de los Emperadores Severo y Antonino (4).

Præcedere.—Suscítase aquí una reñida cuestion entre los intérpretes acerca de si el consentimiento del padre posterior al matrimonio le rehabilitaba con relacion al tiempo pasado. No cabe duda que desde el momento en que prestaba el consentimiento, el matrimonio se hacia

(1) Leyes 19 y 20, tít. IV, lib. V del Cód.
(2) § 1 de la ley 16 del tít. II, lib. XXIII del Dig.
(3) §. 1 de la ley 9; §. 1 de la ley 10; y 1 de la 11 del mismo título y libro.
(4) Ley 19 del mismo título y libro.

legítimo; mas con relacion al tiempo anterior no se rehabilitaba, en mi opinion, porque todo lo que se hace con infraccion de la ley es nulo por sí mismo. No es menester advertir que esta cuestion debió de ser de mucha menor importancia desde que el subsiguiente matrimonio fué un medio de legitimar los hijos.

Super filio.—Esta diferencia se fundaba en una razon que ya se ha dado. Los nietos por línea femenina no eran herederos *suyos*, y sí los de la varonil: por esto muchos jurisconsultos creian que con esta distincion salvaban el rigor del principio, que no permitia se diesen á uno herederos contra su voluntad.

Ex constitutione.—Eso debia hacerse en presencia del curador y de los parientes mas principales del padre del loco, arreglándose la dote y la donacion *ante nuptias* segun estimacion del prefecto de la ciudad en Constantinopla, y de los presidentes y obispos de las ciudades en las provincias (1).

1 Ergo non omnes nobis uxores ducere licet. Nam quarundam nuptiis abstinendum est.

1 Inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent, nuptiæ contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem, et usque ad infinitum. Et si tales personæ inter se coierint, *nefarias atque incestas* nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeò ità sunt, ut, *quamvis per adoptionem* parentum liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi in tantum, ut etiam dissolutâ adoptione idem juris maneat: itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia aut neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

No se puede contraer matrimonio con cualquier mujer, porque hay algunas prohibiciones. 1

Está prohibido el matrimonio entre las personas que ocupan mútuamente el lugar de ascendientes y descendientes, como entre el padre y la hija, el abuelo y la nieta, la madre y el hijo, la abuela y el nieto, y así hasta lo infinito. El matrimonio contraido entre estas personas es criminal é incestuoso hasta tal punto, que aun en el caso de que la cualidad de ascendiente á descendiente sea efecto de la adopcion, el matrimonio está prohibido aun despues de disuelta; así no te es lícito casar con la que llegó á ser tu hija, ó tu nieta adoptiva, aunque la hayas ya emancipado. 1

ORIGENES.

Tomado casi literalmente de Cayo. (§§. 58 y 59, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Antes de empezar á comentar este párrafo conviene sentar algunas doctrinas generales, que no son peculiares á él, sino que se re-

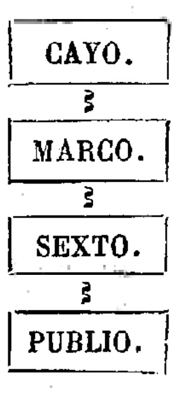
(1) Ley 25, tít. IV, lib. V del Cód.

fieren á todo el título, y aun parte de ellas á otros tratados del derecho.

Primeramente debe fijarse la significacion de la palabra *connubium*, no escrita en este título, aunque puesta por Cayo en el lugar de que tomó Justiniano el texto, y usada frecuentemente al hablar del matrimonio. Fundándome en la autoridad del mismo Cayo y en la de Ulpiano (1), entiendo por *connubium* la capacidad legal de contraer matrimonio. De consiguiente no solo carecian del derecho de *connubium (jus connubii)* los incapacitados absolutamente para el casamiento, sino los que tenian una inhabilidad legal de contraerlo con determinada persona: y así no habia el derecho de connubio entre los parientes, cuyo matrimonio condenaba la ley como incestuoso, aunque ambas personas tuvieran capacidad legal de contraerlo con otras.

Mas interesante es la doctrina de parentesco, y de la computacion de sus grados, que tiene frecuente uso, especialmente en el matrimonio y en las sucesiones. Hay parentesco de cognacion, de afinidad y dimanado de la adopcion.

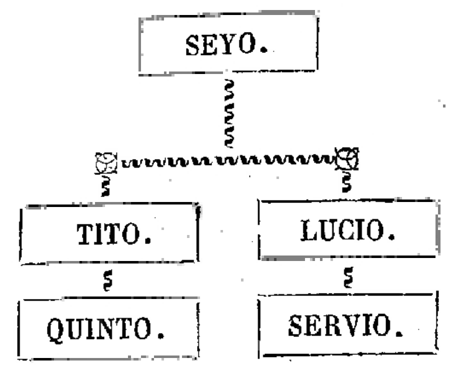
El parentesco de cognacion, *quasi ab uno nati*, como dice Labeon (2), es el que comprende á las personas que descienden de un mismo tronco: la distancia de unos á otros se marca por grados, palabra que equivale á la de generaciones: los diferentes grados, considerados conjuntamente, producen las líneas, esto es, la série de personas que tienen un mismo orígen. Hay línea recta y trasversal: recta es la que se compone de las personas que engendraron y las que fuéron engendradas: cuando comprende solo á las primeras se llama superior, ó de ascendientes; cuando solo á las segundas inferior, ó de descendientes. Línea lateral es la que comprende á los demás parientes. La computacion civil de grados es muy sencilla y puede reducirse á una sola regla: tantos grados distan entre sí los parientes cuantas son las generaciones que los separan.



Así en la línea recta inferior Cayo dista un grado de su hijo Marco, dos de su nieto Sexto y tres de su biznieto Publio, y este en la

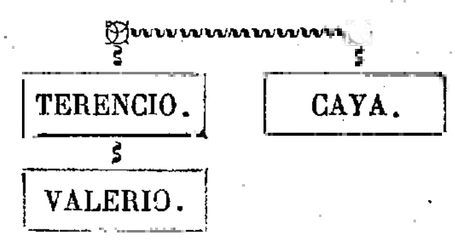
(1) §. 3, tít. V, de sus Reglas.
(2) §. 1. ley 4, tít. VIII, lib. XXXVIII del Dig.

superior dista un grado de su padre Sexto, dos de su abuelo Marco y tres de su bisabuelo Cayo. Del mismo modo se computan los grados en la trasversal.



Así Tito que dista, segun queda dicho, un solo grado de su padre Seyo, dista dos de su hermano Lucio y tres de su sobrino Servio, y por la misma razon Quinto y Servio están en cuarto grado de parentesco.

Afinidad es el parentesco que tiene un cónyuge con la familia del otro. Como no dimana este parentesco de la generacion, sino del matrimonio, no puede haber grados en el rigoroso sentido de la palabra; pero por analogía se computan del mismo modo que en la consanguinidad.



Así Valerio, hijo de Terencio, está en primer grado de afinidad con su madrastra Caya.

En rigor no hay grados en el parentesco meramente civil que proviene de la adcpcion; pero tambien se computan por analogía del mismo modo que en el natural.

Establecidos estos principios generales, se entenderán fácilmente las reglas que sirven para resolver, segun el derecho romano, las prohibiciones de matrimonio por razon de parentesco:

1.ª En la línea recta el matrimonio está prohibido hasta lo infinito.

2.ª En la trasversal el matrimonio está siempre prohibido en el segundo y tercer grado, y en los demás solo cuando una persona está inmediatamente bajo el tronco comun: á esto se le ha solido llamar *respeto de parentela.*

3.ª El parentesco por afinidad sigue casi los mismos principios que el de cognacion, estando prohibido siempre el matrimonio en la línea recta y en el segundo grado de la trasversal.

4.ª El parentesco dimanado de la adopcion se ajusta á las mismas reglas; mas, disuelta la adopcion, se disuelve el impedimento, quedando solo subsistente entre los que ocuparon el lugar de ascendientes y descendientes.

Nefarias atque incestas.—La execracion que hacian caer los antiguos sobre estos matrimonios, se manifiesta por el horror con que nos trasmitieron la historia de Edipo y de su raza. La moralidad del hogar doméstico se halla en este punto fortificada con la aversion que nos inspira el sentimiento.

Quamvis per adoptionem—Disuelto el vínculo que los unia, subsisten aun las altas consideraciones de moralidad y de decencia, que aconsejan la prohibicion de tales matrimonios.

2 Inter eas quoquè personas, quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sanè enim inter fratrem et sororem nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem patre eàdemque matre nati fuerint, sive *ex alterutro eorum*. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit: *quamdiù* quidem *constat adoptio*, sanè inter te et eam nuptiæ consistere non possunt, cum verò per emancipationem adoptio dissoluta sit, poteris eam uxorem ducere; sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis (*a*). Et ideò constat: si quis *generum adoptare velit*, debere eum antè filiam suam emancipare, et si quis velit nurum adoptare, debere eum antè filium emancipare (*b*).

Tambien existen prohibiciones, aunque no tan extensas, entre las personas que nos están unidas por la línea colateral. Así está prohibido el matrimonio entre el hermano y la hermana, ó bien sean hijos de los mismos padre y madre, ó solo de uno de ellos. Pero si alguna mujer llega á ser hermana tuya adoptiva, no puede haber matrimonio entre vosotros, mientras subsiste la adopcion; mas si esta ha sido disuelta por la emancipacion, muy bien podrás casarte con ella. Pero si tú estuvieres emancipado, no hay ningun impedimento para el matrimonio (*a*). Por lo tanto si alguno quiere adoptar á su yerno debe antes emancipar á su hija, y si quiere adoptar á su nuera debe préviamente emancipar á su hijo (*b*). 2

ORIGENES.

(*a*) Copiados de Cayo. (§§. 60 y 61, Com. I de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 1, ley 1, tít. II, lib. XXIII del Dig.)

Comentario.

Ex alterutro eorum.—La prohibicion es igual entre los hermanos, bien lo sean por ambas líneas, ó bien solo por parte del padre ó por parte de la madre: *germanus, consanguineus, uterinus*, como dicen los latinos.

Quamdiù constat adoptio.—Disuelta la adopcion, no existe ya ningun vínculo ni natural ni civil, que una á los que por ella fueron hermanos.

Generum adoptare velit.—Esta es una prohibicion de adoptar, no un impedimento para el matrimonio: no correspondia, pues, en rigor á este tratado. Fúndase la prohibicion en que del mismo modo que dos hermanos no pueden casarse, tampoco dos personas que están casadas pueden venir á ser hermanos: las costumbres públicas lo recomendaban tambien, porque si ambos cónyuges estuvieran en potestad del padre, podria parecer que dos hermanos, aunque adoptivos, habian contraido matrimonio.

3 *Fratris* vel sororis *filiam* uxorem ducere non licet. Sed nec *neptem fratris vel sororis* ducere quis potest, quamvis quarto gradu sint: cujus enim filiam uxorem ducere non licet, *ejus neque neptem permittitur* (*a*). Ejus verò mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam non videris impedire uxorem ducere, quia *neque naturali*, *neque civili* jure
4 tibi conjungitur (*b*). Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, *jungi possunt* (*c*). Itèm
5 amitam, *licèt adoptivam*, uxorem ducere non licet, itèm materteram: quia parentum loco habentur. Quâ ratione verum est, magnam quoque amitam et materteram magnam prohiberi uxorem ducere (*d*).

No se puede contraer matrimonio 3
con una hija de hermano ó de hermana, ni con la nieta de los mismos, aunque estén en el cuarto grado, porque cuando el matrimonio no está permitido con la hija de uno, tampoco con la nieta (*a*). Mas no hay impedimento para tu matrimonio con la hija de la mujer que tu padre adoptó, porque no está unida á tí ni por el derecho natural ni por el civil (*b*). Los hijos de los herma- 4
nos, ó hermanas, ó de un hermano y de una hermana pueden casarse (*c*).
Igualmente no se puede contraer ma- 5
trimonio con la hermana dèl padre, aunque sea adoptiva, ni con la hermana de la madre; porque se las considera en el lugar de los ascendientes. Por este motivo tampoco puede contraerse matrimonio con hermana del abuelo ó de la abuela (*d*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (§. 3, tít. XIX, lib. II, Sent. rec.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 4, ley 12, tít. II, lib. XXIII del Dig.)
(*c*) Constitucion de los Emperadores Arcadio, Honorio y Teodosio. (Ley 19, tít. IV, lib. V del Cód.)
(*d*) Conforme con Cayo. (§. 62, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Fratris filiam.—Esta disposicion fué restablecida por Constantino conforme al antiguo derecho, derogado en tiempo del Emperador Claudio, que se casó con Agripina, hija de su hermano Germánico; doctrina que nunca se hizo extensiva á la hija de la hermana (1)

(1) §. 62, Com. I de las Inst. de Cayo.

A pesar de la concesion de la ley, muy pocos matrimonios de esa clase se celebraron, siendo uno de ellos el que contrajo una hija del Emperador Antonino Pio con un hermano de su padre.

Neptem fratris vel sororis.—Tanto en este caso como el anterior, y en todos aquellos en que uno de los contrayentes se halla inmediatamente debajo del tronco, el matrimonio está prohibido; porque con frecuencia son estas personas llamadas á ocupar el lugar de los padres; el órden moral de la familia recomienda las prohibiciones de esa clase.

Ejus neque neptem permittitur.—La regla es cierta aplicada á este texto, pero no en el sentido general que parece tener; porque indudablemente era lícito el matrimonio con una prima carnal, á pesar de no poderse contraer con la hermana del padre, segun lo dice el mismo Justiniano en el párrafo siguiente.

Neque naturali neque civili.—No hay parentesco natural, porque no existen los vínculos de la sangre; no lo hay civil, porque las hijas de la mujer adoptada no entran en el poder paterno del que la adoptó: no seria lo mismo si se tratase de la adopcion de un hombre, cuyos hijos, constituidos en potestad, entrarian en la del adoptante.

Jungi possunt.—Una constitucion de los Emperadores Arcadio y Honorio (1) restableció este derecho, que se habia suprimido despues de la adopcion del cristianismo.

Licèt adoptivam.—La palabra *adoptivam* está limitada á la tia paterna, porque no podia haberla materna por adopcion.

6 Affinitatis quoquè veneratione quarumdam nuptiis abstinere necesse est. Ut eccè privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utraque *filiæ loco* sunt (*a*). Quod scilicèt ità accipi debeat, si fuit nurus aut privigna: nam si adhùc nurus est, id est, si adhùc nupta est filio tuo, alià ratione uxorem eam ducere non possis, quia eadem duobus nupta esse non potest; itèm si adhùc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est, ideò eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet (*b*).
7 Socrum quoquè et novercam prohibitum est uxorem

6 Hay tambien matrimonios prohibidos por razon de la afinidad; así no es lícito casarse con la hijastra, ó con la nuera, porque ambas ocupan el lugar de hijas (*a*). Esto debe entenderse en el caso de que lo hayan sido; porque si aun es tu nuera, esto es, si aun está casada con tu hijo, no podrás contraer matrimonio con ella, por otra razon, á saber: que no puede estar casada con dos á un tiempo. Igualmente, si es aun tu hijastra, es decir, si su madre está casada contigo, no podrás contraer con ella matrimonio, porque ninguno puede tener á la vez dos mujeres (*b*).
Está tambien prohibido 7

(3) Ley 19, tít. IV, lib. V, del Código.

ducere, quid matris loco sunt. Quod
et ipsum dissolutâ demum affinitate
procedit (c): alioqui, si adhùc no-
verca est, id est, si adhùc patri tuo
nupta est, communi jure impeditur
tibi nubere, quia eadem duobus
nupta esse non potest: itèm si ad-
hùc socrus est, id est, si adhùc filia
ejus tibi nupta est, ideò impediun-
tur nuptiæ, quia duas uxores habe-
8 re non possis (d). Mariti tamen filius
ex aliâ uxore et uxoris filia ex alio
marito, vel contra, matrimonium
rectè contrahunt, licèt habeant fra-
trem sororemve ex matrimonio post-
9 ea contracto natos (e). Si uxor tua
post divortium ex alio filiam pro-
creaverit, hæc non est quidem pri-
vigna: sed Julianus hujusmodi nup-
tiis *abstinere debere* ait; nam nec
sponsam filii nurum esse, nec patris
sponsam novercam esse, rectiùs ta-
men et jure facturos eos, qui hujus-
modi nuptiis se abstinuerint (f).

casarse con la suegra ó con la ma-
drastra, porque ocupan el lugar de
madres, cuya prohibicion tiene lugar
despues de disuelta la afinidad (c);
porque si aun es tu madrastra, es de-
cir, si aun está casada con tu padre,
segun la regla general este matrimo-
nio es de los prohibidos, porque una
mujer no puede estar casada á un
mismo tiempo con dos hombres; del
mismo modo si aun es tu suegra, esto
es, si aun estás casado con su hija,
tienes tambien impedimento, porque
ningun hombre puede casarse con dos
mujeres (d). Sin embargo, el hijo del 8
marido y de otra mujer, y la hija de la
mujer y de otro marido, y al contra-
rio, pueden contraer muy bien ma-
trimonio, aunque tengan un hermano
ó hermana nacidos del segundo ma-
trimonio (e). Si tu mujer, despues del 9
divorcio, procrea una hija de otro,
esta no es hijastra tuya; mas Juliano
dice que debe evitarse semejante ma-
trimonio: del mismo modo, aunque
es verdad que la que ha contraido
esponsales con tu hijo no es tu nue-
ra, ni tu madrastra la que los ha
contraido con tu padre, sin embar-
go, será mejor y mas legal abstenerse
de tales matrimonios (f).

ORIGENES.

(a) Conforme con Ulpiano. (§. 6 del tít. V de sus Reglas).
(b) Tomado de Cayo. (§. 63 del Com. I de sus Inst.).
(c) Conforme con Ulpiano. (§. 6 del tít. V de sus Reglas.)
(d) Tomado de Cayo. (§. 63, Com. I de sus Inst.)
(e) Tomado de Papiniano. (§. 2, ley 34, tít. II, lib, XXIII del Dig.)
(f) Tomado de Ulpiano. §§. 1, 2 y 3, ley 12, tít. II, lib. XXIII del Dig.)

Comentario.

Filiæ loco.—Fúndanse esta prohibicion y la que hay respecto de la suegra y madrastra, de que se habla despues, en que las personas á que se refieren han ocupado el lugar de ascendientes y descendientes.

Rectè contrahunt.—La razon es porque entre ellos no existe ningun

parentesco, por cuanto la afinidad se limita á cada cónyuge con los parientes del otro, y no es extensiva á su familia.

Post divortium.—El principio admitido entre nosotros de que el vínculo conyugal válidamente contraido es indisoluble, exige alguna explicacion acerca de la palabra *divorcio* de que usa el texto, que seria mal entendida á la luz de las ideas dominantes. La consideracion que tenia el matrimonio de acto privado, en los términos que antes he dicho, producia la consecuencia de que, como los demás contratos, debia sujetarse á la regla segun la que, las obligaciones se disuelven del modo que se contraen. Sin duda por esto, el divorcio, permitido en los primeros tiempos de Roma, pasó á las leyes de las Doce Tablas. La justicia exige decir que la pureza de las costumbres garantizaba que no se cometerian los abusos, enseñados despues por la experiencia. En prueba de ello, la historia, con exageracion segun creo, nos presenta cinco siglos trascurridos sin que nadie usase del derecho que todos tenian: el primer ejemplar de divorcio que nos ofrece es el de Carvilio Ruga, que en el año 520 de la fundacion de Roma fué compelido á él por los censores, á causa de la esterilidad de su mujer. El divorcio, pues, era absolutamente libre y no requeria fórmulas, porque tampoco las nesesitaba el matrimonio; mas en todos los casos en que la mujer se constituia en la familia civil del marido por medio de los ritos de la confarreacion ó de la coempcion, para romper esta potestad era necesario recurrir á solemnidades de la misma índole: estas eran la difarreacion y la remancipacion. En concepto de algunos, el deseo de evitar la difarreacion cuando se repetian con frecuencia los divorcios, fué uno de los motivos que mas contribuyeron en los últimos tiempos de la república á que el matrimonio por la confarreacion cayera en desuso. Sea como quiera, es innegable que la corrupcion de las costumbres hizo muy comunes los divorcios: Juvenal nos refiere que una mujer en cinco años cambió ocho maridos, y Séneca supone que ordinariamente los matrimonios eran de la duracion de los consulados, esto es, anuales. Las leyes Julia y Papia Poppea primero, y despues los Emperadores fueron cohibiendo estos abusos, mirando por el interés de los hijos. El matrimonio, sin embargo, quedó disoluble por la voluntad de ambos cónyuges, ó por la de uno solo. En el primer caso los interesados hacian los pactos que creian convenientes (1): en el segundo el repudiante debia apoyarse en un justo motivo de los que la ley expresaba, y no habiéndolo, incurria en la pérdida de ciertos derechos (2). La forma de verificarse este divorcio era en-

(1) Cap. 4 de la nov. 22.
(2) Ley 8, tít. XVII, lib. X del Código: y capítulos 15 y 16 de la novela 22.

viando un cónyuge al otro el acta de repudiacion con las palabras: *tuas res tibi habeto* ó *tuas res tibi agito*, esto es, obra por tí mismo (1): igual acto debia verificarse delante de siete testigos ciudadanos romanos, que hubieran llegado á la pubertad, excluidos los libertos del divorciante y de su familia (2). Hecho el divorcio, podian pasar los cónyuges á segundo matrimonio, el marido al instante, la mujer trascurrido un año (3). Las leyes Julia y Papia Poppea, para fomentar la poblacion, prescribian estos segundos matrimonios, señalándoles términos: las de los Emperadores, consultando al interés de los hijos del primer matrimonio, los dificultaban, imponiendo penas pecuniarias á los que los contraian, teniendo descendencia (4).

Abstinere debere.—Hay razones de moralidad pública, que impiden el matrimonio de personas que entre sí no tienen parentesco: tales son algunas de las que antes se han referido y las que este párrafo comprende.

Sponsam filii.—Los esponsales no producen la afinidad: es cierto que algunas veces los antiguos jurisconsultos bajo la palabra *affines* comprendieron los esposos prometidos; pero es necesario confesar que entonces dieron á la palabra *affines* un sentido mas extenso que el que en rigor tiene, y que la usaron solo en contemplacion á estar pendiente el matrimonio por no haber roto la promesa, que, bajo la penalidad pecuniaria de la ley en algunos casos, quedaba deshecha con la fórmula *conditione tua non utor*, con que una de las parte repudiaba á la otra (5).

10 Illud certum est, serviles quoquè cognationes *impedimento* esse nuptiis, si fortè pater et filia, aut frater et soror *manumissi* fuerint.

Los parentescos formados en la esclavitud son impedimento para el matrimonio, si el padre y la hija, ó el hermano y la hermana han sido manumitidos. 10

ORIGENES.

Conforme con Paulo. (§. 2, ley 14, tít. II, lib. XXIII del Dig.)

Comentario.

Impedimento.—Las costumbres, en defecto de las leyes, introdujeron este impedimento (6), porque aunque el derecho civil para nada computaba los parentescos de los esclavos, existia una razon

(1) §. 1, ley 2, tít. II, lib. XXIV del Dig.
(2) Ley 9, tít. II, lib. XXIV del Dig.
(3) Ley 2, tít. IX, lib. V del Cód.
(4) Leyes 3, 4 y 5, tít. IX lib. V del Cód.
(5) §. 2, ley 2, tít. II, lib. XXIV del Dig.
(6) Ley 8, tít. II, lib. XXIII del Dig.

superior de moralidad que no podia ser desatendida. Esta prohibicion se extendió despues á la afinidad; así nos dice Paulo (1) que no podia contraerse matrimonio con la que habia vivido en contubernio con el padre ó con el hijo, ni con la madre de la que alguno tuvo por mujer en la esclavitud. Por razones iguales se ve que el parentesco (2) y aun la afinidad (3) proveniente del concubinato, eran impedimento para el matrimonio.

Manumissi.—Habla solo del caso de manumision, porque las nupcias, esto es el matrimonio legítimo y civil, podian únicamente contraerse por personas libres y romanas.

11 Sunt et aliæ personæ quæ *propter diversas rationes* nuptias contrahere prohibentur, quas in libris digestorum seu pandectarum ex veteri jure collectorum enumerari permissimus.

Hay además otras personas entre las cuales está prohibido el matrimonio por diferentes causas, que hemos hecho enumerar en el Digesto ó las Pandectas, coleccion tomada del antiguo derecho. 11

ORIGENES.

Se refiere á los fragmentos de Paulo, que forman las leyes 36 y 38, y el principio y párrafo 1 de la 44 del tít. II, lib. XXIII del Dig.

Comentario.

Propter diversas rationes.—Suprimidas las prohibiciones de matrimonio entre las personas de los diversos órdenes de ciudadanos, y de distinta condicion social, como antes se ha expuesto, solo quedaron subsistentes, además de las referidas, algunas otras segun el derecho novísimo de Justiniano; ó tomadas del derecho antiguo, ó introducidas por el mismo Emperador. Tales eran: las que impedian al tutor ó curador y á sus hijos y nietos contraer matrimonio con la que tenian ó habian tenido en guarda los primeros, á menos que no les fuera prometida ó destinada por el padre (4), ó que ya hubieran ellos dado cuentas, y esta cumplido los veinte y seis años (5): las que tenian algunas autoridades de casarse con una mujer de la provincia en que ejercian sus funciones (6): entre el raptor y la robada (7): entre la adúltera y su cómplice (8). A estas dos últimas prohibiciones, introducidas por Justiniano, debemos añadir otra de los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, para que no se contrajeran matri-

(1) §. 2, de la ley 14, tít. II, lib. XXIII del Dig.
(2) Ley 54 del citado tít. II.
(3) Ley 4, tít. IV, lib, V del Código.
(4) Ley 36, tít. II, lib. XXIII del Dig.
(5) Ley 66, tít. II, lib. XXIII del Dig.; y ley 6, del tít. VI, del lib. V del Cód.
(6) Ley 38, del tít. II, lib. XXIII del Dig.
(7) Tít. XIII, lib. IX del Código.
(8) Capítulo 12 de la nov. 134.

monios entre personas cristianas y judías, bajo la pena de adulterio (1). No es necesario que me detenga á manifestar las razones políticas ó civiles á que debieron su orígen estas prohiciones, puesto que á la simple lectura todos pueden conocerlas.

12 Si adversùs ea quæ diximus, aliqui coierint, *nec vir, nec uxor*, nec nuptiæ, nec matrimonium, *nec dos intelligitur*. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt: sed tales sunt, quantùm ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgò concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum his etiam incertus est: unde solent *spurii* apellari, vel à Grecâ voce, quasi σποράδην concepti, vel quasi sine patre filii (*a*). Sequitur ergo, ut, et dissoluto tali coitu, nec dotis exactioni locus sit (*b*). Qui autem prohibitas nuptias coëunt, et *alias pœnas* patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur (*c*).

Si, contra lo que queda prescrito, algunos se unieren, no habrá ni marido, ni mujer, ni nupcias, ni matrimonio, ni dote. Así los que nacen de semejante union no están en potestad de su padre, sino que bajo este aspecto son de igual condicion á los que la madre ha concebido vulgarmente, pues que se reputa que no tienen padre, siendo este incierto. Por eso se les llama espurios; palabra ó bien de orígen griego, que quiere decir concebido vulgarmente, ó bien de orígen latino (*sine patre*) esto es, hijo sin padre (*a*). Por consiguiente, á la disolucion de union semejante, no tiene lugar la exaccion de la dote (*b*). Además, los que contraen matrimonios prohibidos están sujetos á otras penas, que señalan las constituciones imperiales (*c*). 12

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§ 64, Com. I de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Paulo. (Ley 52, tít. II, lib. XXIII del Dig.)
(*c*) Se refiere á las constituciones de los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, y de Arcadio y Honorio. (Leyes 4 y 6, tít. V, lib. V del Cód.)

Comentario.

Nec vir, nec uxor.—Las palabras *vir, uxor* se aplicaban exclusivamente á los que contraian matrimonio con arreglo á las disposiciones de las leyes. El que se casaba contraviniendo á ellas, ni tenia potestad paterna sobre sus hijos, ni potestad marital sobre su mujer, dado caso que hubiera mediado alguno de los ritos por los que se constituia.

Nec dos intelligitur.—Todo lo que se hace con infraccion de la ley es nulo por sí mismo, y no puede producir efecto alguno civil: la doctrina del texto no hace mas que aplicar aquí un principio ge-

(1) Ley 6, tít. IX, lib. I del Cód.

neral. Por consecuencia de él, se reputaba como no hecha la constitucion de dote en los matrimonios celebrados contra el tenor del derecho; la mujer no tenia accion ni otra garantía para recobrarla; y tampoco producia efecto la donacion *propter nuptias* otorgada por el que se suponia marido.

Spurii.—Plutarco dice que esta palabra se aplicó á los hijos legítimos, porque se escribia abreviadamente del mismo modo que el prenombre Spurio, con la sola diferencia de poner un punto en medio de las letras, esto es, Spurio se abreviaba S P. y *sine patre* S. P. Esta palabra no se toma siempre con la extension que en el presente texto, como habrá ocasion de demostrar.

Alias pœnas.—Dejaré para mas oportuno lugar hablar de las penas en que incurrian los que quebrantaban las prohibiciones de matrimonio.

13 Aliquando autem evenit, ut *liberi*, qui statim ut nati sunt in potestate parentum non fiant, posteâ autem *redigantur in potestatem* (*a*). Qualis est is, qui, dum *naturalis fuerat*, postea *curiæ datus* potestati patris subjicitur (*b*). Nec *non is*, *qui à muliere liberâ* procreatus, cujus matrimonium *minimè legibus interdictum* fuerat, sed ad quam pater *consuetudinem habuerat*, postea ex nostrâ constitutione, *dotalibus instrumentis* compositis, in potestate patris efficitur: *quod, et alii* ex eodem matrimonio si fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit (*c*).

Acontece algunas veces que los descendientes, que al tiempo de su nacimiento no están en potestad de sus ascendientes, sean despues reducidos á ella (*a*): esto tiene lugar con el que, siendo hijo natural, fué presentado á la curia (*b*), é igualmente con el hijo de una mujer libre, que tuvo el padre en mancebía, y cuyo matrimonio no estaba prohibido por la ley, si se arreglan los instrumentos dotales conforme á nuestra constitucion: segun su tenor, esto se verifica aun en el caso de que nacieren otros hijos del mismo matrimonio (*c*). 13

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 65, Com. I de sus Inst.)
(*b*) Conforme con la ley 3, tít. XXVII, lib. V del Código.
(*c*) Conforme con las leyes 10 y 11 del tít. XXVII del lib. V del Dig.

Comentario.

Liberi.—No todos los descendientes, como podria inferirse de la palabra *liberi*, sino solo los que están en primer grado pueden ser legitimados. El que tiene un hijo ilegítimo, que á su vez tenga otros ilegítimos, por la legitimacion podrá constituir á su hijo en su poder, pero no á sus nietos.

Redigantur in potestatem.—A la reduccion á la pátria potestad del hijo natural, que antes no estaba sujeto á ella, dan generalmente los intérpretes el nombre de *legitimacion*, palabra que no se encuen-

tra en el derecho romano, pero que expresa perfectamente la idea significada, y que se vé usada constantemente en la práctica. La legitimacion se hacia por subsiguiente matrimonio, por oblacion á la curia y por rescripto imperial. Todas requerian el consentimiento del hijo, que no podia ser reducido contra su voluntad al poder paterno (1).

Naturalis fuerat.—El objeto de la legitimacion son los hijos *naturales.* Como este epíteto no tiene siempre igual valor, creo conveniente fijar el sentido que en este lugar le corresponde. Los hijos se dividen en legítimos é ilegítimos: los primeros son los habidos en matrimonio justo, esto es, legal: los ilegítimos, entre los romanos, ó provenian de una union lícita, aunque no establecida por la ley, ó de una union ilícita. A la clase de uniones no legítimas, aunque lícitas, correspondia el contubernio ó el concubinato: los hijos habidos en ellas eran *naturales*, nombre que especialmente se daba á esta clase de ilegítimos, y que es la acepcion del texto. Las uniones ilicitas lo eran ó por su torpeza ó por el delito: á la primera clase pertenecia la prostitucion, aunque no estaba prohibida absolutamente (2); á la segunda el incesto y el adulterio. Los hijos habidos en estas uniones eran llamados en general espurios (3), si bien los de la última especie tenian las denominaciones particulares de incestuosos y adulterinos.

Mas la frase *hijos naturales* no siempre se toma en el sentido que queda expuesto, pues muchas veces se aplica á los legítimos para contraponerlos á los adoptivos (4), y tambien comprende á todos los ilegítimos, cuando se los considera con relacion á la madre.

La ilegitimidad no llevaba consigo la infamia: la opinion pública imponia una ligera nota á los ilegítimos, pero no por eso dejaban de participar de los derechos y de los honores lo mismo que los demás ciudadanos, mas como no tenian familia civil, no eran agnados ni estaban en la potestad paterna.

Curiæ datus.—*Curia* era el senado de una ciudad municipal, es decir, de la que se administraba por sí misma y gozaba del derecho de ciudad romana. Sus miembros se llamaban *decuriones* ó *curiales*, y á su cabeza habia dos ó cuatro magistrados llamados *duumviros* ó *quatuorviros*. La idea mas aproximada que se puede formar de la autoridad de las curias, es la de nuestras corporaciones municipales. Sus funciones honoríficas, ambicionadas al principio, y que

---

(1) Cap. 11 de la novela 89.
(2) §. 5 de la ley 4, tít. V, lib. XII, del Dig.
(3) Ley 23, tít. V, lib. I del Dig.
(4) Ley 31, tít. VII, lib. I del Dig.

daban el derecho de sufragio en las deliberaciones públicas, llegaron á ser odiosas por la responsabilidad, por los gravámenes y por las exacciones y gastos en que comprometian á los que eran llamados á ejercerlas. Adscritos á la colonia ó municipio, no podian ni habitar en el campo, ni alistarse en la milicia, ni desempeñar otros cargos que fueran incompatibles con el cumplimiento de las funciones municipales. Asi es que todos procuraban huir de la curia, y que hubo necesidad de recurrir á la coaccion, para impedir que algunos abandonaran sus oficios; y á los privilegios, para alentar á otros á que los tomaran. Entre estos privilegios debe considerarse la legitimacion, introducida por el Emperador Teodosio el jóven, que se otorgaba á los hijos naturales adscritos á la curia, ó á las hijas naturales que se casaban con un decurion. Mas la oblacion á la curia ni extendia la agnacion mas allá de la persona del padre (1), excepcion de los principios rigurosos del derecho, ni conferia desde luego el cargo de decurion, al que debia llegarse gradualmente (2).

Qui à muliere liberâ.—La legitimacion por subsiguiente matrimonio se verifica, cuando un hombre que ha tenido hijos naturales de una concubina se casa con ella. Introducida por el Emperador Constantino, con el objeto de fomentar la conversion del concubinato en matrimonio, solo comprendió primitivamente á los hijos naturales, existentes al tiempo de la publicacion de la ley: esto mismo fué confirmado por el emperador Zenon (3); extendiólo Anastasio á los hijos posteriores á aquella (4); limitólo de nuevo Justino (5); y por último, Justiniano estableció, como regla general, la doctrina del texto (6).

Minimè legibus interdictum.—El hijo natural, esto es, el de padres que al tiempo de la concepcion podian contraer matrimonio legítimo. Este á mi entender es el sentido genuino del texto, á pesar de las opiniones de algunos jurisconsultos, que suponen que solo se requeria la capacidad legal de los padres al tiempo de la legitimacion. Entre los mencionados jurisconsultos débese hacer especial mencion de Dupin, que se adhiere á la erudita disertacion que acerca de los hijos ilegítimos escribió Justo Henningio Boehmer. Conforme á la opinion que sigo, si un gobernador habia vivido en concubinato con una mujer de la misma provincia en que ejercia sus funciones, no podia despues legitimar por matrimonio subsiguiente al hijo ó hija concebidos mientras él desempeñaba su cargo.

Consuetudinem habuerat.—La palabra *consuetudo*, aplicada mas

(1) Principio de la ley 9, tít. XXVII, lib. V del Cód.
(2) Ley 50, tít. XXXII, lib. X del Cód.
(3) Ley 5, tít. XXVII. lib. V del Cód.
(4) Ley 6, tít. XXVII, lib. V del Cód.
(5) Ley 7, tít. XXVII, lib. V del Cód.
(6) Leyes 10 y 11 del tít. XXVII, lib. V del Cód.

arriba al matrimonio, se refiere aquí al concubinato ó mancebía. El concubinato era lícito y comun entre los romanos siempre que no estuviera manchado con el incesto ó con el adulterio (1). La opinion pública, sin embargo, le imprimia una nota desfavorable, y así se observa que no solian vivir en él mas que las mujeres de baja extraccion, las que habian estado prostituidas y las que habian sido esclavas. A las mujeres ingénuas y honradas no se las solia tomar en concubinato, y si se hacia, sin formalizarlo antes con un acta, se reputaba estupro (2): la mujer que así se allanaba á su afrenta no tenia ni la consideracion de madre de familia, ni la de matrona. No era el concubinato un vínculo civil, y podia ser contraido y disuelto por la mera voluntad de las partes: producia sin embargo el efecto de indicar la paternidad; y la prole, si bien no era admitida á la sucesion del padre, podia ser legitimada y entrar en los derechos de los hijos legítimos.

Dotalibus instrumentis.—Las actas en que se constituia la dote, ó en que constaba el matrimonio. Esto que no se requeria para el matrimonio, se exigia para la legitimacion, con objeto de fijar desde cuándo tenia lugar y de hacer constar la voluntad de convertir el concubinato en matrimonio. En el acta no era necesario expresar los nombres de los hijos que se legitimaban.

Quod et alii.—Está aquí adoptada la lectura que parece mas sencilla, y que da un sentido jurídico mas claro y natural, á pesar de que no es la generalmente seguida.

Antes de concluir este comentario debo hablar de la legitimacion por rescripto imperial, de que no tratan las Instituciones, porque Justiniano la introdujo despues de su publicacion (3). Se otorgaba por el Emperador á los que la solicitaban, con tal que no tuvieran hijos legítimos, y que les fuera imposible contraer matrimonio con la madre de los hijos naturales (4). Estos mismos podian obtener igual gracia, si su padre, no habiéndolos legitimado, expresaba en el testamento sus deseos de hacerlo (5).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Las disposiciones de nuestro derecho acerca del matrimonio difieren en muchos puntos de las que se observaban entre los romanos. Fundadas nuestras leyes en que, segun los católicos, el matrimonio es no solo un contrato sino tambien un sacramento, consideran única-

(1) Tít. XXVI, lib. V del Cód.
(2) Principio de la ley 5 del tít. VII, lib. XXV del Dig.
(3) Capítulo 2 de la nov. 74.
(4) Principio del cap. 2 de la nov. 74, y cap. 9 de la 89.
(5) §. 7 del cap. 2 de la nov. 74; y cap. 10 de la 89.

mente como válido y capaz de producir efectos civiles al celebrado con escrupulosa sujecion á las disposiciones del derecho canónico. De esto se infiere, que, muy al contrario que entre los romanos, nuestro matrimonio necesita solemnidades y ritos tan esenciales, como que de su intervencion depende la fuerza del vínculo conyugal.

Algunas veces en España al matrimonio preceden tambien los esponsales, promesa que, para que produzca efecto, debe ser hecha por escritura pública y con anuencia de los padres, del mismo modo que se exige para el matrimonio (1). Los esponsales, como contrato, requieren el consentimiento de los interesados: la ley supone capacidad de prestarlo ó de ratificarlo á la edad de siete años (2); celebrados, producen la obligacion de contraer matrimonio (3), si bien los jueces deben oir las excusas que se aleguen, por poco fundadas que parezcan, para evitar un matrimonio aborrecido. El mútuo disenso de los contrayentes, otro enlace, ó el voto solemne de castidad ó religion de alguno de ellos, la enfermedad que lo desfigure ó lo inhabilite para el matrimonio, su ausencia de modo que no se sepa donde está ó no se espere su vuelta, y por último su union carnal con otra persona, son causas que disuelven los esponsales.

Cuatro puntos principales deben aquí examinarse para marcar las diferencias de nuestro matrimonio y del romano: estos son la capacidad de los contrayentes, los requisitos de su celebracion, sus efectos civiles y el divorcio.

A la incapacidad legal de contraer matrimonio llamamos impedimento. Los impedimentos son de dos clases, dirimentes é impedientes: los primeros prohiben el matrimonio, y ya contraido lo anulan: los segundos son obstáculo para contraerlo, y no disuelven al contraido en su infraccion,

Los impedimentos dirimentes provienen ó de incapacidad física, ó de parentesco, ó de delito, ó por razon de religion.

Por incapacidad física, del mismo modo que entre los romanos, no pueden contraer matrimonio los inhábiles para la procreacion (4) y los que no han llegado á la pubertad, á no ser que antes de esta edad tengan aptitud corporal para el matrimonio (5).

La computacion de grados de parentesco, en cuanto se refiere al matrimonio, es canónica; y como se separa de las reglas de la civil, antes expuestas, requiere algunas explicaciones. En la línea recta no

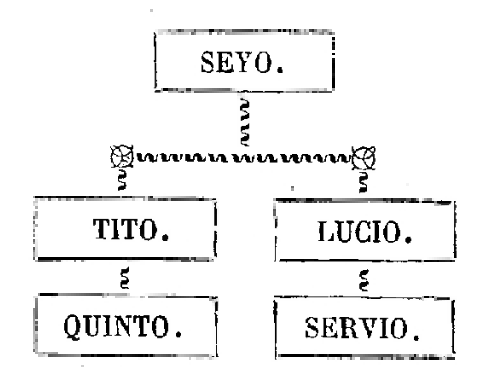
(1) Ley 1, tít. I, Part. IV; y 18, tít. II, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Ley 6. tít. I, Part. IV.
(3) Ley 7, tít. I, Part. IV.
(4) Capítulos 4, 5 y 7 del tít. XV, lib. IV de las Decretales de Gregorio IX.
(5) Ley 6, tít. I, Part. IV.

hay ninguna diferencia en los efectos, si bien el derecho civil cuenta las generaciones, y el canónico las personas menos una.



Así en el ejemplo que propuse anteriormente (1), Cayo distaba de su biznieto Publio tres grados por la computacion civil, porque habia tres generaciones: la canónica, contando todas las personas menos una, nos viene á dar el mismo resultado.

Pero la diferencia verdadera está en la línea trasversal. Segun el derecho civil se contaban tambien, como se ha dicho, las generaciones que separaban á las personas; mas en el canónico no sucede así, sino que solo se cuenta la distancia que hay desde el tronco á la persona que mas dista de él entre aquellas de cuyo parentesco se trata, quitando siempre una como en la línea recta.



Así, valiéndome del ejemplo anterior, Tito dista de su hermano Lucio un grado, y dos de su sobrino Servio; y Quinto y Servio, que son primos carnales, están en segundo grado entre sí; es decir, que el segundo grado civil equivale al primero canónico, y el segundo canónico al tercero y cuarto civiles. Hechas estas observaciones, conviene saber que el matrimonio está prohibido en la línea recta hasta el infinito y en la trasversal hasta el cuarto grado (2); en el parentesco de afinidad tambien hasta el cuarto grado cuando procede de union legítima (3), y hasta el segundo si de ilegítima (4), porque la afinidad

(1) Comentario al §. 1 de este título.
(2) Ley 4, tít. VI, Part. IV.
(3) Ley 5, tít. VI, Part. IV.
(4) Concilio Tridentino, sesion XXIV de reformat. matr. cap. 4.

toma igualmente su orígen en la union carnal ilícita; en el parentesco civil, esto es, el creado por la adopcion, siempre en la línea recta, aun despues de disuelto el vínculo; mas en la trasversal solo hasta el segundo grado civil, mientras existe (1).

Débese hacer aquí mencion de otras dos clases de parentesco: el de cuasi afinidad y el espiritual. Cuasi afinidad es el parentesco que adquiere el que ha contraido esponsales, con los parientes del otro: produce el impedimento llamado de pública honestidad, que solo se extiende al primer grado en los esponsales válidos, y desaparece en los que se anulan (2). El parentesco espiritual nace del bautismo y de la confirmacion: lo contraen el padrino y el ministro del sacramento con el bautizado ó confirmado, y con sus padres, y es un impedimento para el matrimonio (3).

El delito produce impedimento entre el raptor y la robada, mientras esta no consienta, despues de colocada en lugar seguro (4); entre los adúlteros, cuando uno ó los dos fraguaron la muerte del otro cónyuge, ó en su vida pactaron futuro matrimonio (5); entre la mujer y el asesino de su marido, cuando estuvieron ambos de acuerdo (6); y entre los que se casan, sabiendo que uno está ligado á otro matrimonio, aun despues de disuelto el primero; mas si uno lo ignorase, podrá ó separarse ó continuar en el matrimonio (7).

Por razon de religion está prohibido el matrimonio de cristianos con infieles (8), y el de los que han hecho voto solemne de castidad recibiendo el órden del subdiaconado ó profesando en una órden religiosa (9).

Son impedimentos impedientes el contrato de esponsales celebrado con otra persona, mientras dure la obligacion; el voto simple de castidad; la disparidad de cultos cristianos, y la ignorancia de los rudimentos de la religion.

Pero ni los impedimentos impedientes, ni aun los mismos dirimentes, son siempre un obstáculo invencible para el matrimonio: los que se fundan en los principios universales é inconcusos de moralidad nunca admiten dispensa; así es que jamás podrá pretender el ascendiente casarse con la descendiente, el hermano con la hermana: y tampoco se faculta para contraer matrimonio al que, por su impoten-

(1) Ley 7, tít. VII, Part. IV.
(2) Conc. Trid. ses. XXIV de reformat. matr. cap. 3.
(3) Conc. Trid. ses. XXIV de reformat. matr. cap. 2.
(4) Conc. Trid. ses. XXIV de reformat. matr. cap. 6
(5) Cap. 3 y sig. del tít. VII del lib. IV de las Decretales de Gregorio IX.
(6) Dicho cap. 3, y 1 del tít. XXXIII del lib. III de las mismas Decretales.
(7) Cap. 2. tít. XXI, lib. IV de las Decretales de Gregorio IX; y ley 19, tít. II. Part. IV, que comprende los casos anteriores.
(8) Ley 15, tít. II, Part. IV.
(9) Leyes 11 y 16, tít. II, Part. IV.

cia, es inhábil para él: no sucede lo mismo respecto de los impedimentos que son creacion del derecho positivo, los cuales se dispensan ya por el Papa cuando son dirimentes, ó impedientes que provengan del voto simple de castidad ó de esponsales válidos; ya por el diocesano, cuando consisten en la disparidad de cultos. Nuestras leyes, al paso que extienden las incapacidades del matrimonio dándoles una amplitud que no tenian las romanas, son mas flexibles.

En cuanto á los requisitos que exige el matrimonio, ó preceden ó se refieren al acto de su celebracion: preceden el consentimiento de los padres ó de los que los reemplazan, en los casos en que con arreglo á la ley debe ser impetrado; y las amonestaciones.

Si el consentimiento paterno se requiere entre nosotros, no es precisamente como emanacion de la pátria potestad, porque ni los hijos mayores de veinte y tres años ni las hijas mayores de veinte lo necesitan (1); y por otra parte, los que no tienen padre, ó este se halla impedido para prestar su consentimiento, deben hasta las expresadas edades obtener el de sus madres, y sucesivamente en iguales circunstancias el de su abuelo paterno y del materno (2), reemplazando á estos despues el curador testamentario y el juez de primera instancia, tambien por óden sucesivo, si bien estos dos últimos han de proceder en union con los parientes mas próximos, cesando la necesidad de obtener el consentimiento si los que desean contraer matrimonio han cumplido la edad de veinte años (3). Esto respecto á los hijos legítimos. Los hijos naturales no necesitan para contraer matrimonio del consentimiento de los abuelos, ni la intervencion de los parientes cuando el curador ó el juez son llamados á darles el permiso (4). Esto último sucede respecto á los demás ilegítimos, que solo tienen obligacion de impetrar el consentimiento de la madre, y en su defecto, sucesivamente, el del curador y el del juez, debiendo ser considerados al efecto como curadores de los hijos ilegítimos recogidos y educados en las casas de expósitos los jefes de estos establecimientos (5). De esto se infiere que el consentimiento paterno es una precaucion introducida á favor de los hijos para prevenir que les sea funesto un enlace poco meditado. Confiando la ley en la discrecion y uso prudente que han de hacer de esta facultad las personas á quienes se la confiere, ha establecido que no necesiten expresar las razones en que se funden para rehusar el consentimiento, y que contra su disenso no se dé recurso alguno (6). Se vé, pues, que la autoridad de prestar el consentimienio es absoluta, prefiriendo la ley

(1) Art. 1. de la ley de 20 de Junio de 1862.
(2) Art. 2.
(3) Art. 3.
(4) Art. 12.
(5) Art. 13.
(6) Art. 14.

que en algunos casos se dilate la celebracion de un matrimonio conveniente y proporcionado, á que se desautorice la pátria potestad, ó quede desairada la atribucion que da á las personas que en defecto del padre han de prestar el consentimiento. La experiencia triste de lo acaecido cuando se admitian reclamaciones contra la decision del que negaba el consentimiento, ha aconsejado esta reforma tan importante. Con cuidadoso afan señala la ley las personas que deben componer la junta de familia, y el modo de proceder en ella (1). No se ha creido esto bastante: el respeto que en todo tiempo deben los hijos á los padres ha sido tomado en consideracion; se ha ordenado al efecto que los hijos legítimos mayores de veinte y tres años pidan consejo para contraer matrimonio á sus padres ó abuelos, por el órden anteriormente referido, y que si este consejo no les fuere favorable no puedan casarse hasta trascurridos tres meses desde la fecha en que lo pidieron, señalándose el modo de hacer constar la peticion (2). El matrimonio que se celebra en contravencion á estas disposiciones es válido; pero la ley castiga con severidad á los que dejan de cumplir lo que les previene (3).

Las amonestaciones, cuyo objeto es que no se casen los que tengan algun impedimento, son los anuncios que del proyectado matrimonio hacen los párrocos de ambos contrayentes en tres dias de fiesta en medio de la misa, para que el que sepa algun impedimento lo denuncie (4). Los diocesanos pueden dispensarlas en todo ó en parte, porque no son esenciales.

No sucede lo mismo con la solemnidad del matriomonio, la cual siempre es indispensable. Esta consiste en las fórmulas que la Iglesia tiene establecidas, con la asistencia del párroco ó de otro sacerdote con su licencia ó la del ordinario, y de dos ó tres testigos, siendo clandestino y nulo todo matrimonio celebrado de otro modo (5).

No son menos notables las diferencias que existen en los efectos civiles de nuestro matrimonio respecto del de los romanos. Constituido el marido, como ya queda dicho, en jefe de la sociedad doméstica, en usufructuario del peculio adventicio, y á los diez y ocho años en administrador de sus bienes y de los de su mujer, adquiere potestad en sus hijos legítimos. Aunque menos extensa se autoridad respecto de la mujer, tiene el derecho de ser obedecido, de obligarla á que siga su domicilio, y á que se dedique á los negocios domésticos con arreglo á su posicion en la sociedad. La mujer por su parte sale tambien del poder paterno y adquiere la dignidad y condicion de su marido, la que conserva aun despues de disuelto el matrimonio, mientras permanece viuda.

(1) Artículos 4 al 11, inclusos ambos.
(2) Art. 13.
(3) Artículos 399 y 405 del Código penal, y el citado art. 15 de la ley 20 de Junio de 1862.
(4) Conc. Trid. ses. XXIV de reformat. matr. cap. 1.
(5) Conc. Trid. ses. XXIV de reformat. matr. cap. 1.

Mas el matrimonio no solo produce estos efectos respecto de las personas de los cónyuges, sino tambien otros que se refieren á sus bienes. Cuando los textos romanos me ofrezcan para ello ocasion hablaré de las dotes y de los bienes parafernales, de las donaciones esponsalicias, de las arras y de las donaciones *propter nuptias*; aquí me limitaré á hacer algunas indicaciones acerca de la sociedad de bienes que produce el matrimonio. Esta, dejando á cada uno de los cónyuges la propiedad de los respectivos capitales que aportaron al matrimonio, y lo que adquirieron despues por título lucrativo, comunica con igualdad los frutos y las rentas procedentes de estos bienes, lo adquirido á título oneroso, las mejoras hechas durante la union conyugal, y los productos de los empleos, profesiones ó industrias que ejercen los cónyuges (1). El marido tiene, mientras dura el matrimonio, la facultad de disponer de estos gananciales: de ellos deben satisfacerse las dotes y las donaciones *propter nuptias* que constituyen los padres á sus hijos (2). Esta sociedad, que dura tanto como el matrimonio, cesa por la renuncia de la mujer, cuyo acto es válido aun durante la union conyugal. Por efecto de las doctrinas que quedan expuestas, la mujer necesita de la autorizacion del marido en todo cuanto pueda perjudicar á la sociedad, y por lo tanto para aceptar sin beneficio de inventario ó repudiar una herencia (3), para contraer ó para separarse de contratos, y para presentarse en juicio (4).

Esta ligera reseña basta para conocer la superioridad de nuestras leyes sobre las romanas respecto de los efectos civiles del matrimonio: por ellas está ennoblecida la mujer, igualada en consideracion al hombre, si bien sujeta á él como al jefe de la familia, interesada en el aumento de los bienes, cuya mitad adquiere, y llamada á la sucesion de sus hijos del mismo modo que el marido, derecho mucho mas justo, mas racional y mas conforme con las costumbres de nuestros dias, con las exigencias de la civilizacion, con los preceptos del cristianismo y con el interés de los cónyuges y de la familia.

El matrimonio válido y consumado es, entre nosotros, indisoluble; en el rato y no consumado, segun una ley de Partida (5), puede tener lugar el divorcio por la profesion religiosa de uno de los cónyuges. Pero aquella indisolubilidad no es obstáculo para que se separen judicialmente los matrimonios, y queden libres los que los contrajeron de vivir de consuno, en virtud de malos tratamientos, de adulterio, de enfermedad contagiosa, ó de otras causas de la misma naturaleza (6).

Expuestas estas doctrinas acerca del matrimonio, paso á las de la

(1) Leyes 1, 2, 3 y 5 tít. IV, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Ley 4, tít. III, lib. X de la Nov. Rec.
(3) Ley 10, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Ley 11, tít. I, lib. X de la Nov. Rec.
(5) Ley 5, tít. XIII, Part. IV.
(6) Ley 2, tít. XIII, Par. IV.

legitimacion. Las leyes de Partida, en su deferencia por las romanas, tratan de la legitimacion por oblacion á la curia, inaplicable atendida la organizacion administrativa de España: hoy solo se legitima por subsiguiente matrimonio (1), ó con autorizacion real (2). Por subsiguiente matrimenio se ligitiman los hijos naturales, esto es, los de padres que, al tiempo de su concepcion ó de su nacimiento, podian contraer matrimonio sin dispensa; con tal que el padre los reconozca, aunque no haya tenido la mujer con quien los engendró en su casa, ni sea una sola (3): su efecto es igualar estos hijos á los legitimos (4). En defecto de la legitimacion por subsiguiente matrimonio, tiene lugar la que se hace con autorizacion del rey en virtud de motivos razonables, justificados debidamente (5): produce los efectos de purgar la nota de ilegitimidad, y de dar derecho á la sucesion paterna á falta de hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio (6).

TITULUS XI.

De adoptionibus.

TITULO XI.

De las adopciones.

Despues de haber hablado del matrimonio y de la legitimacion como de los dos primeros modos de constituir la potestad paterna, pasa Justiniano á tratar del tercero: la adopcion. Esta es *un acto por el que se recibe como hijo ó nieto al que no lo es naturalmente.* La adopcion viene, pues, á ser una paternidad fingida, que se introdujo en consuelo y auxilio de los que no tenian hijos. De esto se infiere que su vínculo está meramente creado por la ley y que el parentesco producido por ella es solo civil.

La adopcion fué de uso frecuente en Roma, tanto para cumplir el precepto de las Doce Tablas acerca de la duracion perpétua de las deidades domésticas, como para evitar las penas y disfrutar las recompensas con que algunas leyes, especialmente la Papia Poppea, estimulaban al matrimonio y á la reproduccion de la especie. Algunas veces tambien la promovió la ambicion de algunas personas del órden patricio, que para obtener las magistraturas del plebeyo, se daban en adopcion y entraban en poder paterno de los plebeyos.

(1) Ley 1, tít. XIII, Part. IV.
(2) Ley 4, tit. XV, Part. IV.
(3) Ley 1, tit. V, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Leyes 9, tit. XV, Part. IV; y 7, tit. XX, lib. X de la Nov. Rec.
(5) Artículos 1 y 2 de la ley de 14 de abril de 1838.
(6) Leyes 5 y 6, tit. V, lib. X de la Nov. Rec.

Non solùm tamen *naturales liberi*, secundùm ea, quæ diximus, in potestate nostrâ sunt, verùm etiam hi, quos *adoptamus*.

No solamente están en nuestro poder los hijos naturales, segun lo que hemos manifestado, sino tambien aquellos á quienes adoptamos.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 97, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Naturales liberi.—La palabra *naturales* no significa aquí hijos ilegítimos, como en el último texto del título anterior; sino que, estando opuesta á la de *adoptivos*, quiere decir, segun dejo manifestado en el comentario, los hijos habidos en matrimonio y los que por legitimacion se asimilan á ellos.

Adoptamus.—Compréndense aquí las dos clases de adopcion que mas adelante explica el mismo Emperador.

1 Adoptio autem duobus modis fit, aut *principali rescripto*, aut imperio magistratus.

La adopcion se hace de dos maneras, ó por rescripto del Emperador ó por autoridad del magistrado. 1

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 98, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Principali rescripto.—Esta adopcion, como el texto siguiente dice, se llama *arrogacion*, palabra tomada de la rogacion al pueblo, que tenia lugar en los antiguos ritos. La arrogacion es *un acto por el cual un hombre que es dueño de sí mismo se somete al poder paterno de otro, en virtud de un rescripto imperial.* Los Emperadores, que por la ley régia vinieron á ejercer la soberanía absoluta, y á representar tanto á los comicios como á las antiguas magistraturas de la república, eran los que la concedian.

Conviene aquí decir algo acerca del orígen de las adopciones y de la forma antigua de su concesion. Por las leyes de las Doce Tablas, segun se ha indicado, las deidades domésticas debian conservarse perpétuamente: como estas se trasmitian solo á los agnados, los que no los tenian procuraban adquirirlos, esto es, en defecto de la paternidad natural buscaban la fingida. Mas como la arrogacion solo se admitia respecto á las personas que eran dueños de sí mismos, *sui juris*, y la ley de las Doce Tablas exigia el voto de los comicios para quitar una cabeza, es decir, un jefe de familia de la ciudad, de aquí dimanaba que la arrogacion necesitara hacerse en los comicios; por otra parte, requiriéndose para la trasmision de las deidades domésticas la autoridad de los pontífices, se hacia necesario que fueran los comicios curiados los que otorgaran tales concesiones. Heineccio en

sus *Antigüedades* nos describe con la exactitud, minuciosidad y erudicion que acostumbra, los ritos con que se hacia este acto: debo recomendar el estudio de su obra, tan interesante en esta, como en todas las materias que comprende. El padre arrogador manifestaba su voluntad de tener á uno por hijo, el arrogado expresaba su asentimiento, y despues de consultado el colegio de los pontífices el pueblo daba su sufragio. En virtud de la arrogacion, pasaba el nuevo hijo á la familia adoptante con todos sus bienes y con todas las personas sometidas á su poder, perdia sus dioses domésticos para entrar en otros, y dejaba de estar inscripto en el censo como cabeza de familia.

Los Emperadores, reemplazando en la autorizacion de las adopciones á los comicios y á los pontífices, investigaban, como ellos, antes de su concesion los motivos justos que las aconsejaban. Por esto mediaba conocimiento de causa, averiguándose si el adoptante era menor de sesenta años, si tenia otros hijos naturales y adoptivos, y si habia fundadas esperanzas de sucesion propia (1).

1 Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos easve, qui quæve sui juris sunt. Quæ species adoptionis dicitur arrogatio.	Por rescripto del Emperador se puede adoptar á aquellos ó á aquellas que son dueños de sí mismos; esta especie de adopcion se llama arrogacion. 1

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 99, Com. I de sus Inst.).

1 *Imperio magistratus* adoptare licet eos easve, qui quæve in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.	Por autoridad del magistrado es lícito adoptar á aquellos ó á aquellas que están en potestad de sus ascendientes, bien ocupen el primer lugar de descendientes, como el de hijo ó hija, ó bien otro inferior, como el de nieto ó nieta, de biznieto ó de biznieta. 1

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 99, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Imperio magistratus.—Este es el sentido estricto de la palabra adopcion. Puede ser definida *el acto por el que el hijo que está en potestad paterna de uno pasa á la de otro, con autorizacion del magistrado.*

La fórmula con que se verificaba era simbólica, muy conforme con el carácter del antiguo derecho, y tenia su fundamento en el dominio quiritario del padre sobre sus descendientes. Como por consecuen-

(1) §§. 2 y 3 de la ley 15, tít. VII, lib. I del Dig.

cia de él podia venderlos, buscóse en la venta el modo de hacer la trasmision de la potestad: mas como era necesario para que los hijos no recayeran en la del padre natural que fueran vendidos tres veces y tres manumitidos, bastando una sola venta y manumision para libertar á los demás descendientes y á las hijas, conseguian su objeto haciendo respecto de los hijos tres ventas y dos manumisiones, y respecto de las hijas y demás descendientes una sola venta, porque así quedaban disueltos del todo los vínculos civiles que los unian al padre natural, y se establecian los del adoptante. El rito era el de la mancipacion, *per æs et libram*, de que tendré ocasion de hablar mas adelante: presentes el padre natural y el adoptivo, el hijo que era objeto de la adopcion, el *antestado*, el *libripende* y testigos, decia el padre natural, con la fórmula solemne establecida, que vendia el hijo al padre adoptivo, y este á su vez convenia tambien en la compra. Para las hijas y descendientes varones que no eran de primer grado esto bastaba; pero los hijos despues de vendidos eran manumitidos, vendidos de nuevo, vueltos á manumitir, y vendidos por la tercera vez quedaban definitivamente trasladados los derechos de la pátria potestad. Al tratar de la emancipacion explicaré mas algunas ideas que contribuirán al completo conocimiento de toda esta materia. Como la adopcion era una accion de la ley, segun decian los antiguos, esto es, que debia hacerse con las fórmulas y solemnidades establecidas, requeria, como los demás actos de la misma clase, la presencia del magistrado, y rechazaba el procurador, el término y la condicion.

Justiniano, simplificando las fórmulas, estableció que bastara la redaccion de una acta delante del magistrado, estando presentes el padre natural, el adoptivo y el hijo dado en adopcion; y en ella debia constar el consentimiento de los primeros y la no contradiccion del último (1).

2 Sed hodiè ex nostrâ constitutione, cum filiusfamilas à patre *naturali extraneæ personæ* in adoptionem datur, jura potestatis naturalis patris *minimè dissolvuntur*, nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licèt ab intestato jura successionis ei à nobis tributa sunt. Si verò pater naturalis *non extraneo*, sed avo filii sui materno, vel, si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo pa-

Mas hoy, en virtud de una constitucion nuestra, cuando un padre natural da su hijo en adopcion á una persona estraña, no pierde sus derechos ni traspasa ninguno de ellos al padre adoptivo, ni el hijo entra en potestad de este, aunque le concedamos el derecho de suceder abintestato. Pero si el padre natural diere su hijo en adopcion, no á un extraño, sino al abuelo materno, ó, en el caso de hallarse el mismo pa- 2

(1) Ley 11, tit. XLVIII, lib. VIII del Cód.

terno, vel proavo simili modo paterno vel materno, filium suum dederit in adoptionem: in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familiâ et potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

dre natural emancipado, lo diere á su abuelo ó bisabuelo paterno ó materno, en este caso, como en una misma persona se reunen los derechos naturales y los de la adopcion, queda íntegro el derecho del padre adoptivo formado por el vínculo natural y legalmente establecido por la adopcion; y así el hijo pasa á su familia y á su potestad.

ORIGENES.

La constitucion á que se refiere es la ley 10, tít. LXVIII, lib. VIII del Código.

Comentario.

Naturali.—Esto es, *legítimo* en oposicion á *adoptivo.*

Extraneæ personæ.—La adopcion, que antes de Justiniano producia siempre los mismos efectos, por disposicion suya se subdividió en dos clases: la que hacian los ascendientes, y la que hacian los *extraños*, palabra que en este lugar se aplica á todos los que no son ascendientes. A la primera adopcion llaman los intérpretes perfecta y plena, y á la última imperfecta, y no plena, ó menos plena.

Minimè dissolvuntur.—Por la constitucion de Justiniano la adopcion hecha por una persona extraña pierde del todo su carácter primitivo, porque ni disuelve los vínculos antiguos de agnacion que tenia el hijo, ni se los da nuevos, ni cambia la pátria potestad: solo produce el efecto de llamar al adóptado á la sucesion intestada del adoptante; pero este á su vez no tiene limitacion alguna para su disposicion testamentaria, en la que puede excluir al adoptado de la herencia. Consecuencia de esto es que el hijo conserve los derechos de sucesion en la familia natural á que pertenece. Justiniano nos da la causa que tuvo para hácer semejante innovacion, á saber: que como al perder la agnacion quedaban los hijos privados del derecho de suceder en su familia natural, podia acontecer que, perdiéndolos tambien en la familia adoptiva por la emancipacion, se encontraran destituidos de ambas sucesiones. Mas cuando la persona dada en adopcion imperfecta no ocupaba el primer lugar en la familia natural, esto es, cuando era nieto ó nieta, y estaba precedida por su padre en la sucesion, conservaba intactos todos los derechos antiguos respecto á la herencia de la familia adoptiva (1).

Non extraneo.—Podia suceder que fuesen adoptantes no solo el abuelo materno, sino tambien el paterno y el mismo padre. Relativa-

(1) §. 4 de la ley 10, tit. XLVIII, lib. VIII del Cód.

mente al abuelo materno no se presentaba ninguna dificultad, porque no teniendo este á sus nietos bajo su poder, y ni por consiguiente en su agnacion, esto es, en su familia civil, para introducirlos en ella y darles el derecho de sucesion, los tenia que adoptar. Lo mismo sucedia con el abuelo paterno, cuando los nietos habian nacido despues de la emancipacion del hijo, y con el padre cuando el abuelo lo habia emancipado reteniendo en potestad á sus hijos. El afecto que se tiene á la propia descendencia movió á Justiniano á conservar en la adopcion perfecta el antiguo derecho, que creyó peligroso cuando se referia á personas no unidas con los fuertes lazos de la sangre (1).

3 Cum autem *impubes* per principale rescriptum arrogatur: causâ cognitâ arrogatio permittitur, et exquiritur causa arrogationis, an *honesta sit*, expediatque pupillo, et cum quibusdam conditionibus arrogatio fit, id est, ut *caveat* arrogator *personæ publicæ*, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliàs emancipare eos potest arrogator, nisi, causâ cognitâ, digni emancipatione fuerint, et tunc sua bona eis reddat. Sed etsi decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justâ causâ eum emancipaverit, jubetur *quartam* partem ei suorum *bonorum* relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei adquisivit postea.

Para la adopcion de un impúbero hecha por rescripto imperial se requiere conocimiento de causa, y la averiguacion de si esta es honesta y conveniente al pupilo. La arrogacion se hace con ciertas condiciones, á saber: que el arrogador dé caucion á una persona pública, esto es, á un *tabulario*, que si el pupilo muere antes de la pubertad, restituirá sus bienes á aquellos, que serian llamados á la sucesion, si la adopcion no se hubiera hecho. Igualmente el arrogador no puede emanciparlo, mas que en el caso que se haya hecho digno de la emancipacion, y entonces con conocimiento de causa y restituyéndole sus bienes. Pero si el padre al morir lo hubiese desheredado, ó viviendo, sin justa causa lo emancipase, deberá dejarle la cuarta parte de sus bienes, además de los que él llevó al padre adoptivo, ó adquirió despues. 3

ORIGENES.

Conforme con una constitucion de Diocleciano y Maximiano. (Ley 2, título XLVIII, lib. VIII del Cód.)

Comentario.

Impubes.— Antiguamente los impúberos podian ser adoptados, pero no arrogados; esto era efecto tanto de no tener participacion en los comicios, en donde, segun queda dicho, se hacian las arroga-

(1) Principio de la ley 10, tit. XLVIII, lib. VIII del Cód.

ciones, como de que no podian prestar verdadero consentimiento, ni suplirlo su tutor, que ejerciendo una autoridad de proteccion sobre una cabeza libre, no estaba facultado para hacer desaparecer su consideracion de jefe de familia. El Emperador Antonino Pio cambió este derecho (1); pero para la arrogacion del impúbero prescribió todos los medios que pudieran poner á cubierto sus intereses. Las mujeres, excluidas tambien de la participacion de los comicios, no podian ser antiguamente arrogadas; mas en tiempo de Justiniano ya esto habia cambiado (2).

Honesta sit.—La investigacion de la conveniencia de la arrogacion no se limitaba á los impúberos, como se infiere de lo que antes he expuesto, si bien en la de estos se exigian ciertos requisitos que no se pedian en las otras. Así es que además de las circunstancias generales de la edad, de los hijos, de las costumbres y de las facultades del arrogador, se requerian la del consentimiento de los parientes mas próximos del arrogado (3), la de la autoridad del tutor (4), y las de que habla el texto, introducidas todas para que la arrogacion no le fuera perjudicial, y para poner á cubierto los bienes que le pertenecian.

Caveat.—Esta seguridad se daba por medio de fiadores. Comprendia los casos de morir el pupilo en la pubertad, y de ser emancipado ó desheredado: en el primero se referia á la obligacion de restituir los bienes á los que hubiesen sido llamados á la sucesion, si la adopcion no se hubiera verificado; en los dos últimos á la de restituir todos los bienes que el arrogado habia llevado, ó que habia adquirido despues, si la desheredacion ó emancipacion se fundaba en un motivo justo, y además la cuarta parte de los del mismo arrogador, si no lo habia.

Personæ publicæ.—Como era incierta la persona que estaba interesada en la restitucion, y al mismo tiempo podia no ser capaz de contraer, la fianza debia otorgarse á uno de los encargados de los registros públicos, en que se inscribian ciertas clases de obligaciones civiles. Estos se llamaban *Tabularii*, y venian á ser lo que los notarios y escribanos entre nosotros. Hubo un tiempo en que los esclavos públicos, y aun los de particulares con licencia de sus señores, estaban encargados de estas funciones, lo que despues prohibieron los Emperadores Arcadio y Honorio (5).

Quartam bonorum.—Esta cuarta parte de los bienes es llamada por algunos la cuarta del Emperador Pio. Los intérpretes han susci-

(1) §. 5, tit. VIII, de las Reglas de Ulpiano.
(2) Ley 21, tit. VII, lib. I del Dig.
(3) Ley 2, tit. XLVIII, lib. VIII del Cód.
(4) Ley 5, tit. XLIX, lib. V del Cód.
(5) Ley 3, tit. LXXI, lib. X del Cód.

tado cuestiones acerca de si debia entenderse la cuarta parte de todos los bienes ó solo de la porcion legítima. El texto literal de las leyes está indudablemente á favor de los que siguen la primera opinion; el argumento que presentan los que apoyan la contraria, de que entonces el hijo adoptivo resultará mas beneficiado que los naturales, está contestado por Vinio: la adopcion solo se concedia á los que no tenian otros hijos, y por lo tanto no se hizo mas que igualar en derechos á los adoptivos con los naturales al conceder á aquellos la cuarta parte de los bienes, que era la legítima que á estos correspondia.

4 Minorem natu non posse majorem adoptare, placet: adoptio enim naturam imitatur, et pro monstro est, ut major sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi per arrogationem vel adoptionem filium facit, *plenâ pubertate*, id est decem et octo annis, præcedere.

El que es menor en edad no puede adoptar al mayor, porque la adopcion imita la naturaleza, y seria contrario á ella que el hijo fuese mayor que el padre. Por esto el que adopta ó arroga á otro por hijo debe precederle en una plena pubertad, esto es, en diez y ocho años. 4

ORIGENES.

Tomado de Modestino. (§. 1, ley 40, tít. VII, lib. I del Dig.)

Comentario.

Plenâ pubertate.—La pubertad, esto es, la edad de catorce años en los hombres no se estima como suficiente para la adopcion, sin duda porque se ha creido que á la paternidad fingida no se le deben dar los mismos estímulos que á la natural. Agrégase á esto que es muy raro que se tenga descendencia antes de los diez y ocho años, edad llamada por eso plena pubertad: así la ficcion de la ley se aproxima mas á la verdad de las cosas.

5 Licet autem et *in locum nepotis*
vel prenepotis, vel in locum neptis,
vel proneptis, vel deinceps, adoptare, *quamvis filium quis non ha-*
6 *beat* (*a*). Et tam filium alienum quis
in locum nepotis potest adoptare,
7 quam nepotem in locum filii. Sed si
quis *nepotis loco* adoptet, vel quasi ex eo filio, quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo, quem naturalem in sua potestate habet: in eo casu et filius consentire debet, *ne ei invito* suus hæres agnascatur (*b*). Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem dat in adoptionem, *non est necesse*, filium consentire (*c*).

Es lícito tambien adoptar por nie- 5
to ó biznieto, nieta ó biznieta, y así sucesivamente, aunque uno no
tenga hijo (*a*). Puede adoptarse al 6
hijo de otro por nieto, ó al nieto de
otro por hijo. Pero si alguno adopta 7
á otro por nieto, como nacido del hijo que ya ha adoptado, ó del natural que tiene en su poder, es menester que el hijo consienta en la adopcion, para no tener un heredero *suyo* contra su voluntad (*b*). Por el contrario, si el abuelo da en adopcion á su nieto, no se necesita consentimiento del hijo (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Ulpiano. (§. 7, cap. VIII de sus Reglas.)
(*b*) Conforme con Paulo. (Ley 6, tít. VII, lib. I del Dig.)
(*c*) Análogo con Paulo. (§. 1, ley 16, tít. II, lib. XXIII del Dig.)

Comentario.

In locum nepotis.—El grado diferente bajo que se hace la adopcion produce sus efectos en los impedimentos del matrimonio por razon del parentesco, y en los llamamientos á la tutela y á la sucesion.

Quamvis filium quis non habeat.—Previene el argumento que podia hacerse por la literal y escrupulosa aplicacion del principio de que *la adopcion imita á la naturaleza*. No es, pues, necesario para adoptar á uno como nieto tener un hijo, basta estar en la edad de haber podido tenerlo, y de él á un nieto.

Nepotis loco.—De dos modos podia hacerse la adopcion del nieto: ó sin expresa designacion de padre, ó señalando como tal á uno de los hijos del adoptante. En el primer caso, muerto el adoptante quedaba el adoptado libre de la pátria potestad, y era heredero *suyo*, segun el sentido en que mas adelante explicaré esta palabra. En el segundo puede decirse que habia una adopcion doble, porque disuelta la pátria potestad por la muerte del abuelo adoptivo, la adquiria el que habia sido designado como padre en la adopcion.

Ne ei invito.—Efecto de la doble adopcion de que se ha hablado.

Non est necesse.—Porque con absoluta independencia del hijo, el nieto estaba en la potestad paterna, en el dominio quiritario del abuelo.

8 In plurimis autem causis assimilatur is, qui adoptatus vel arrogatus est, ei, qui ex legitimo matrimonio natus est. Et ideò, si quis per imperatorem, sive apud prætorem, vel apud præsidem provinciæ *non extraneum* adoptaverit, potest eumdem alii in adoptionem dare.

Bajo muchos puntos de vista se asemeja el adoptado ó arrogado al nacido de legítimo matrimonio. Así el que adoptó, por rescripto del príncipe ó por la autoridad del pretor ó presidente de la provincia, á una persona no extraña, puede darla en adopcion á otro. 8

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§. 105, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Non extraneum.—Como la constitucion de Justiniano negaba la pátria potestad en las adopciones hechas por los que no fueran ascendientes, era consiguiente que no debia tampoco darles la facultad de trasmitir la que no tenian.

9 Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi, *qui generare non possunt*, quales sunt spadones, adoptare possunt (*a*); castrati autem non possunt (*b*).

Es propio de una y otra adopcion que aquellos que no pueden engendrar, como son los impotentes, puedan adoptar (*a*); pero no los castrados (*b*). 9

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 103, Com. I de sus Inst.)
(*b*) Análogo con Ulpiano. (§. 1, ley 39, tít. III, lib. XXIII del Dig.)

Comentario.

Qui generare non possunt.—Las inhabilidades temporales para la procreacion, ó las que por no ser del todo absolutas y comprobadas pueden dejar duda de su existencia, no son obstáculo á la adopcion; pero sí lo son las que conocidamente en el órden natural hacen imposible la generacion. El principio de que la adopcion imita á la naturaleza fué la base de esta doctrina.

10 Feminæ quoquè adoptare non possunt, quia *nec naturales liberos* in potestate sua habent (*a*): sed ex indulgentiâ principis ad solatium liberorum amissorum *adoptare possunt* (*b*).

Las mujeres no pueden adoptar porque ni aun tienen en su poder á sus propios hijos naturales (*a*): mas por la indulgencia del príncipe se les permite, para consolarlas de la pérdida de sus hijos (*b*). 10

ORIGENES.

(*a*) Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 104, Com. I de sus Inst.)
(*b*) Constitucion de Diocleciano y Maximiano, que es la ley 5, tít. XLVIII, libro VIII del Código.)

Comentario.

Nec naturales liberos.—No es muy consecuente esta razon con la doctrina de la adopcion imperfecta, en la cual no se trasmite la pátria potestad. Cayo, de quien está copiado este texto, pudo decirlo sin inconveniente, porque en su tiempo no habia esa adopcion anómala; mas Justiniano debió acordarse que él mismo habia echado por tierra poco antes la doctrina en que aquí se funda.

Adoptare possunt.—No teniendo pátria potestad la madre natural, es claro que tampoco la tendrá la adoptiva: de otro modo se daria mas fuerza á la ficcion que á la verdad. La adopcion, pues, en este caso vendrá á establecer entre la madre y el hijo adoptivos lazos parecidos á los que existen entre la madre y los hijos naturales. Debe tenerse presente que las mujeres *sui juris* eran principio y fin de la familia: *Caput et finis suæ familiæ.*

11 Illud *proprium est illius adoptionis*, quæ per sacrum oraculum fit: quod is, qui liberos in potestate ha-

Es peculiar de la adopcion por rescripto imperial que si un padre que tiene hijos en su potestad se da 11

bet, si se arrogandum dederit, non solùm ipse potestati arrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate, tamquam nepotes (*a*). Sic enim et divus Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptavit: ut protinus adoptatione factâ, incipiat Germanicus Augusti nepos esse.

en arrogacion, no solamente queda él mismo sujeto á la potestad del arrogador, sino que sus hijos entran tambien en ella como nietos (*a*). Así el Emperador Augusto no adoptó á Tiberio hasta que este habia adoptado á Germánico, para que inmediatamente despues de la adopcion, Germánico empezara á ser nieto de Augusto.

(*a*) Tomado de Cayo. (§ 107, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Proprium est illius adoptionis.—A primera vista se conoce la razon de diferencia. La arrogacion solo tiene lugar en los padres de familia; así cuando son arrogados les siguen todas las cosas que les corresponden, y por lo tanto los hijos y los nietos. Al contrario la adopcion es de hijos de familia, y de consiguiente por ella nada cambia en la familia, y los hijos del adoptado permanecen en la potestad del abuelo natural.

12 Apud Catonem benè scriptum refert antiquitas, servi si à domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde et nos eruditi in nostrâ constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverit, liberum esse constituimus, licèt hoc ad jus filii accipiendum ei non sufficit.

La antigüedad nos dice que Caton escribió fundadamente que los esclavos se libertaban, por el mismo hecho de ser adoptados por su señor. Con este ejemplo hemos determinado nosotros en una constitucion, que sea libre el esclavo á quien su señor en un acta pública hubiese llamado hijo, aunque esto no es bastante para la adopcion. 12

ORIGENES.

Esta es la constitucion que forma el tít. VI, lib. VII del Código, con cuyo §. 10 está conforme el texto.

Comentario.

Liberari.—En rigor no pertenece este texto al presente título, sino al de los libertinos, por que no trata de adopciones sino de manumisiones: en él he hablado de la doctrina que aquí se establece.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Menos frecuentes son las adopciones en España que entre los romanos, aunque ambos derechos se hallan en este punto casi en per-

fecta consonancia (1). Las leyes españolas reconocen la arrogacion y la adopcion; dividen la adopcion en plena y menos plena; exigen en la arrogacion el consentimiento expreso del arrogado; se contentan con el tácito en la adopcion (2); prescriben para esta los mismos requisitos, y dan á los hijos adoptivos iguales derechos que los romanos. Algunas doctrinas, sin embargo, están modificadas por leyes que, aunque no hablan de las adopciones, vienen á refluir en los principios antiguos. Así no puede tener lugar lo que se dice de la adopcion del nieto como hijo de otro que está en nuestro poder, pues que los nietos no se hallan en España en poder del abuelo; así los derechos de sucesion intestada, que se refieren al hijo adoptivo, deben entenderse cuando el adoptante no deja descendientes legítimos y naturales; así la cuarta parte que este debe dar en caso de emancipacion ó desheredacion injusta (3), debe reputarse limitada á la quinta en el caso de que tuviera descendientes, pues que de otro modo serian estos perjudicados en su legítima.

Mas sencilla, mas filantrópica y mas usada en nuestros dias es la adopcion de los expósitos no reclamados por sus padres, y la de los huérfanos abandonados. Conceden estas adopciones las juntas de beneficencia á personas honradas que tienen los medios de mantenerlos y educarlos, y en el caso de que sean perjudiciales á los adoptados, estos vuelven otra vez al establecimiento de caridad de que salieron (4).

TITULUS XII.

Quibus modis jus potestatis solvitur.

TITULO XII.

De los modos de disolverse la potestad.

A pesar de que la rúbrica de este título se refiere á toda clase de potestad, se puede decir que sólo se trata en él de la disolucion de la potessad paterna. Esta, segun se ha dicho, daba al padre el dominio de sus hijos, dominio propio y exclusivo de los ciudadanos romanos; de aquí se infiere que no debia terminarse por los modos que la razon natural aconseja, sino por los que disolvian el dominio quiritario. Este es un principio que en todo el título tiene contínuas aplicaciones. Siete son los modos de disolverla que aquí pone Justiniano:

(1) Títulos VII y XVI de la Part. IV.
(2) Ley 1, tit. XVI, Part. IV.
(3) Ley 8, tit. XVI, Part. IV.
(4) Arts. 65 y 66 de la ley de 6 de Febrero de 1822.

la muerte del padre ó del abuelo, la deportacion, la esclavitud de la pena, la dignidad del patriciado, el cautiverio, la emancipacion y la adopcion.

Videamus nunc, quibus modis hi, qui alieno juri subjecti sunt, eo jure liberantur.

Veamos ahora de qué modos los que están sujetos á potestad ajena se libertan de ella.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 124, Com. I de sus Inst.)

Et quidem servi quemadmodum potestate liberantur, ex his intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superiùs exposuimus.

Por lo que hemos dicho anteriormente acerca de la manumision de los esclavos, podemos conocer cómo se libertan de la potestad de sus señores.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 126, Com. I de sus Inst.)

Hi verò, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit. Nam mortuo patre sanè omnimodò filii filiæve sui juris efficiuntur. Mortuo verò avo, non omnimodò nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt: itaque si moriente avo pater eorum et vivit, et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt; si verò is, quo tempore avus moritur, aut jam *mortuus est*, aut exiit de potestate patris, tunc hi, quia in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

Los que están en potestad del ascendiente, por la muerte de este se hacen señores de sí mismos. Esto, sin embargo, requiere distincion: muerto el padre los hijos é hijas en todos los casos son dueños de sí mismos; pero por la muerte del abuelo esto solo tiene lugar cuando los nietos ó nietas no deben recaer despues en poder de su padre. Así si al morir el abuelo tiene en su potestad al padre, que le sobrevive, los nietos entran en la potestad de este: mas si el padre murió antes que el abuelo, ó antes tambien salió de su potestad, los descendientes, que no puedan recaer bajo de la potestad del padre, se hacen dueños de sí mismos.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 127, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Mortuus est.—Muerto el padre, jefe de la familia, esta se descomponia en tantas cuantas eran las personas que estaban sujetas á él y que no habian de caer en la potestad de otro. Quedaba sin embargo subsistente entre estas diferentes familias el vínculo de la agnacion, como antes queda dicho. El texto explica esto con tanta claridad que no necesita mas explanaciones.

1 Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam *deportatur*, civitatem amittit: sequitur, ut, qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perindè *ac si mortuo eo*, desinant liberi in potestate ejus esse. *Pari ratione* et si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse (*a*). Sed si ex indulgentiâ principali restituti fuerint, *per omnia* pristinum statum reci-
2 piunt (*b*). Relegati autem patres in insulam, in potestate suâ liberos *retinent*. Et ex contrario liberi relegati in potestate parentum remanent (*c*).

El que por algun delito es deportado á una isla pierde su ciudadanía, 1
y por consiguiente, estando borrado del número de los ciudadanos romanos, deja de tener á los hijos en su potestad, del mismo modo que si hubiera muerto. Por la misma razon si el que está en potestad paterna es deportado á una isla, deja de estar sometido á ella (*a*). Mas en el caso de que por la clemencia del príncipe obtuviere una completa restitucion, vuelve á tomar su primitivo estado (*b*). Los padres rele- 2
gados á una isla conservan la pátria potestad, y por el contrario permanecen sujetos á ella los hijos relegados (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 128. Com. I de sus Inst.)
(*b*) Ley 1, tít. LI, lib. IX del Código.
(*c*) Tomado de Marciano. (Ley 4, tít. XXII, lib. XLXIII del Dig.)

Comentario.

Deportatur.—La interdiccion del agua y del fuego, á la que reemplazó la deportacion, llevaba consigo aneja la pérdida de la ciudadanía, y por consiguiente la de los derechos, que, como la pátria potestad romana, no podian corresponder á los peregrinos.

Ac si mortuo eo.—La pérdida de la ciudadanía se equiparaba á la muerte y se llamaba muerte civil.

Pari ratione.—Porque del mismo modo que el peregrino no podia tener en su poder al ciudadano, el ciudadano tampoco podia tener en el suyo al peregrino (1).

Per omnia.—No bastaba que el príncipe en virtud de su prerogativa de indultar lo hiciera simplemente: esto produciria solo el efecto de librarse de la pena, y entrar de nuevo en el número de los ciudadanos; es decir, que el indulto no llevaba consigo la rehabilitacion. Para recobrar las dignidades, los honores y los derechos individuales perdidos, era necesaria una restitucion absoluta, *in integrum*, como dice el Emperador Antonino (2). Es claro que semejante restitucion no alcanzaria á destruir los efectos de los actos válidos hechos por los hijos en el intermedio, fuerza retroactiva que ni las leyes tienen.

(1) §. 5. Cap. 10 de las Reglas de Ulpiano.
(2) Ley 1, tít. LI, lib. IX del Cód.

Retinent.—El relegado, esto es, el desterrado de Roma solamente, ó tambien de otras provincias, y el confinado á una isla, conservaban la ciudadanía y por lo tanto la pátria potestad.

3 *Pœnæ servus* effectus filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, et qui bestiis subjiciuntur.

El que viene á ser esclavo de la pena deja de tener á los hijos en su potestad. Se considera como esclavos de la pena á los que son condenados á las minas ó expuestos á las bestias. 3

ORIGENES.

Tomado de Cayo, (Ley 29, tít. XIX, lib. XLVIII del Dig.)

Comentario.

Pœnæ servus.—En otro lugar se ha hablado de esta esclavitud: los que eran condenados á ciertas penas corporales, que no podian imponerse á los ciudadanos, sufrian una especie de degradacion, quedando reducidos á la condicion de esclavos; mas como no tenian señor, y la esclavitud supone el dominio, decian los antiguos que su señor era la pena á que estaban sentenciados. Es claro que, perdiendo la ciudadanía y la libertad, no podian tener potestad paterna, propia solamente de los que participaban del dominio quiritario. Debo aquí advertir que esto no se limitaba á los esclavos de que habla el texto, sino que se extendia á todos aquellos que eran reducidos á la esclavitud por uno de los modos introducidos por el derecho civil, que en su lugar quedan expuestos. Las penas que en este lugar se expresan, deben considerarse como puestas por ejemplos.

4 Filiusfamilias si *militaverit*, *vel si senator, vel consul* fuerit factus, manet in patris potestate. Militia enim, vel consularia dignitas de patris potestate filium non liberat (*a*). Sed ex constitutione nostrâ *summa patriciatus dignitas*, illicò ab imperialibus *codicillis* præstitis, à patriâ potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum suæ potestatis nexibus filium relaxare, imperatoriam autem celsitudinem non valere eum, quem sibi patrem elegit, ab alienâ eximere potestate? (*b*)

El hijo de familias que milita, ó que llega á ser senador ó cónsul, permanece en potestad de su padre, porque ni la profesion de las armas ni la dignidad consular libran al hijo de aquella potestad (*a*). Pero por una constitucion nuestra la suprema dignidad del patriciado, entregado ya el diploma imperial, liberta al hijo del poder del padre. Porque ¿cómo podria tolerarse que el padre, por medio de la emancipacion, pudiese libertar al hijo de los vínculos de su poder, y que al mismo tiempo la dignidad imperial no tuviera autoridad para eximir de potestad ajena á aquel que habia elegido por padre? (*b*) 4

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (§. 3, tít. VII, lib. I del Dig.)
(*b*) Se refiere á la ley 5, tít. III, lib. XII del Código.

Comentario.

Militaverit.—La pátria potestad era un vínculo tan fuerte, que se extendia hasta las personas que ejercian las magistraturas supremas. Los altos funcionarios que presidian los destinos de la república, los generales que guiando las águilas romanas inmortalizaban sus nombres, en su condicion doméstica estaban sometidos al jefe de la familia. Solo el culto de los dioses en tiempo del paganismo produjo la exencion de la potestad paterna en los sacerdotes de Júpiter, y en las sacerdotisas de Vesta. Reputándose que entraban en el poder de la divinidad á que estaban consagrados, se disolvian los vínculos del que antes pesaba sobre ellos.

Vel si senator vel consul.—No se opone á lo que dice el texto el principio de que el hijo de familia en los negocios públicos se reputa como padre de familia (1). Esto solo quiere decir que la pátria potestad no es obstáculo á que el hijo ejerza funciones y soporte cargas públicas.

Summa patriciatus dignitas.—No eran estos los patricios, que descendientes de los senadores creados por Rómulo, formaban en tiempo de la república libre un órden opuesto al plebeyo. Trasladada á Constantinopla la silla del Imperio, los Césares empezaron á elegir entre los senadores que habian ejercido la magistratura, algunos para que los aconsejasen: á ellos alude el texto. A esta exencion siguieron otras diferentes: así el mismo Justiniano estableció que las dignidades de obispo, de cónsul y cuantas excusaban del cargo de la curia, y las de prefecto del pretorio, de cuestor del palacio imperial, y de jefe de la caballería y de la infantería, libertaran de la potestad paterna (2). Mas semejante disolucion de la pátria potestad por excepcion y privilegio, no destruia los derechos de la agnacion que subsistian en todos sus efectos (3).

Codicillis.—Esta palabra no tiene aquí la significacion que generalmente recibe en las leyes, y que se explicará oportunamente: quiere decir solo los diplomas ó letras del Emperador, acepcion que otras veces le da el derecho de Justiniano (4).

---

(1) Ley 9, tít. VI, lib. I del Dig.
(2) Ley 66, tít. XXXI, lib. X del Código; y cap. 4 de la novela 81.
(3) Cap. 2 de la nov. 81.
(4) Principios de la ley 41 del tít. I del lib. XXVII del Dig.; y 12 del tít. I del lib. XII del Código.

5 Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus *hostium fiat*, tamen *pendet jus liberorum*, propter jus postlimini: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt. Idcirco reversus et liberos habebit, in potestate, quia postliminium fingit eum, qui captus est, *semper in civitate fuisse*. Si verò ibi decesserit, *exinde, ex quo captus est* pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoquè filius neposve si ab hostivus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii, jus quoquè potestatis parentis in suspenso esse (*a*). Dictum est autem postliminium à LIMINE et POST, ut eum, qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum rectè dicimus. Nam limina sicut in domibus finem quemdam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. (Hinc et limes dictus est, quasi finis quidam et terminus.) Ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur, quo amissus erat (*b*). Sed et qui victis hostibus *recuperatur*, postliminio rediisse existimatur (*c*).

Si el ascendiente fuere hecho prisionero, aunque viene á ser esclavo de los enemigos, queda sin embargo pendiente de la potestad paterna por razon del derecho de postliminio, en virtud del cual los que son cogidos por los enemigos, si vuelven, recobran todos sus derechos primitivos. Así al regresar tendrá á los hijos bajo su potestad, porque el postliminio finge que el prisionero ha permanecido siempre en la ciudad. Mas si muriese en el cautiverio, se reputa que el hijo es dueño de sí mismo desde el momento en que el padre fué hecho prisionero. Si es el hijo ó el nieto el que ha caido en poder de los enemigos, por el mismo derecho de postliminio permanece en suspenso la potestad paterna (*a*). La palabra postliminio viene de las latinas *limine* (umbral) y *post* (despues); así decimos que ha vuelto por derecho de postliminio el que, despues de haber sido cogido por los enemigos, ha regresado á nuestro territorio; porque del mismo modo que los umbrales de las casas son sus límites, los antiguos usaron de esta palabra para designar los del Imperio. (De aquí es que la palabra *limes* quiere decir fin ó término.) Se decia, pues, *postliminium*, porque el cautivo volvia al mismo umbral que habia perdido (*b*). El que es rescatado de los enemigos vencidos tiene la misma consideracion que el que ha vuelto por postliminio (*c*). 5

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 129 del Com. I de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Paulo. (§. 3, ley 19, tít. XV, lib. XLIX del Dig.)
(*c*) Tomado de Florentino. (Ley 26, tít. XV, lib. XLIX del Dig.)

Comentario.

Jure postliminii.—Frecuentes aplicaciones tenia entre los romanos el derecho de postliminio de que habla este texto, contrayéndose á la

pátria potestad, si bien era extensivo á los demás actos civiles. Comprendia no solo á las personas, sino tambien á las cosas muebles é inmuebles, que, recobradas del enemigo, volvian á su dueño (1): exceptuábanse solo las armas, porque como decia el jurisconsulto Marcelo, se perdian con deshonra (2).

Hostium fiat.—El cautivo en poder de los enemigos gemia en la esclavitud sin ser esclavo, porque su esclavitud era de hecho, no de derecho, segun se ha explicado anteriormente.

Pendet jus liberorum.—La pátria potestad y todos los demás derechos civiles del cautivo estaban en suspenso: asi es que podia ser instituido heredero, y nombrado tutor, como mas adelante se dirá, y que de lleno entraba en el goce de estos derechos, cuando salia del cautiverio: estaba sin poderlos ejercitar mientras duraba su condicion de prisionero, pues nada de cuanto hiciera en poder del enemigo era subsistente: así ni podia contraer matrimonio, ni adoptar, ni hacer testamento; del mismo modo perdia todas las cosas que consistian en hecho, y de aquí dimanaba que por el cautiverio se interrumpia la posesion.

Semper in civitate fuisse.—Esta ficcion producia consecuencias importantes: en virtud de ella el padre ocupaba, como adquirido para sí, lo que habia ganado el hijo en el intermedio (3), no tenian los acreedores accion para reclamar el dinero que á este le habian prestado en mútuo (4), y no podia dársele tutor (5).

Exinde ex quo captus est.—A esto se llama comunmente ficcion de la ley Cornelia, y no es peculiar á la pátria potestad, sino general á todas las partes del derecho.

Recuperatur.—Puede considerarse que el caso que expresa el texto está solo por ejemplo, pues que lo mismo acontecia si el cautivo obtenia su libertad por fuerza ó por rescate, ó escapándose del poder de sus opresores (6).

6 Præterea *emancipatione* quoquè desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed ea emancipatio antea quidem vel *per antiquam legis observationem* procedebat, quæ per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebraba-

Además de esto los descendientes dejan de estar en potestad de sus ascendientes por la emancipacion. La emancipacion se hacia antes con formalidades antiguas de ley, en que intervenian ciertas imaginarias ventas y manumisiones (*a*), ó por 6

(1) Ley 14, tit. XV, lib. XLIX del Dig.
(2) §. 2, ley 2, tit. XV, lib. XLIX del Dig.
(3) Ley 15, tit. XVI, lib. XXXVIII del Dig.
(4) §. 1, ley 1, tit. VI, lib. XIV del Dig.
(5) §. 4, ley 6, tit. 1, lib. XXVI del Dig.
(6) Ley 26, tit. XV, lib. XLIX del Dig.

tur (*a*) vel *ex imperiali rescripto* (*b*). Nostra autem providentia et hoc *in meliùs* per constitutionem (*c*) *reformavit*, ut, fictione pristinâ explosâ, rectâ viâ apud competentes *judices vel magistratus* parentes intrent, et filios suos, vel filias, vel nepotes vel neptes, ac deinceps, suâ *manu dimitterent*. Et tunc ex edicto prætoris in hujus filii vel filiæ, nepotis vel neptis bonis, qui vel quæ à parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura prestantur parenti, *quæ tribuuntur patrono* in bonis liberti; et præterea si impubes sit filius vel filia, vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur (*d*).

rescripto del Emperador (*b*). Nuestra autoridad ha reformado esto en mejor sentido por medio de una constitucion (*c*), de modo que, desechada la ficcion antigua podrán los ascendientes presentarse directamente á los jueces ó magistrados competentes, y libertar de su potestad á sus hijos ó hijas, á sus nietos ó nietas, ó á otros descendientes. En este caso, segun el edicto del pretor, tendrá el ascendiente sobre los bienes del hijo ó hija, nieto ó nieta así manumitidos, los mismos derechos que se dan al patrono sobre los bienes del liberto. Y si el hijo ó hija ó demás descendientes no han llegado á la pubertad, al mismo ascendiente emancipador corresponde la tutela (*d*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§§. 119, 132 y 134, Com. I de sus Inst.).
(*b*) Constitucion del Emperador Anastasio. (Ley 5, tít. XLVIII, lib. VIII del Código.)
(*c*) Esta constitucion es la ley 6, tít. XLVIII, lib. VIII del Código.
(*d*) Tomado de Ulpiano. (§. 10, ley 3, tít. IV, lib. XXXVI del Dig.)

Comentario.

Emancipatione.—La palabra *emancipacion*, que significa *el acto por el que el padre saca al hijo de su poder*, trae su orígen de la mancipacion, esto es, de la venta *per æs et libram*, que era el rito con que la emancipacion se hacia primitivamente. Tres modos de hacerla pone el texto: el antiguo, el introducido por el Emperador Anastasio, y el nuevo establecido por Justiniano.

Per antiquam legis observationem.—Al tratar de la adopcion he hablado de la mancipacion, que tambien se empleaba para trasmitir á otro la pátria potestad. Aquí para la mas completa inteligencia describiré este rito. Como el derecho primitivo no autorizaba al padre á sacar al hijo de su poder, para llegar á este resultado tenia que emplear medios indirectos. Estos se encontraron en la facultad que gozaba el jefe de la familia de vender á sus hijos como á las demás cosas de su patrimonio, ventas que quizá serian reales al principio, pero que despues eran solo imaginarias. En ellas debian intervenir el padre natural, que era el vendedor del hijo, el comprador, al que Cayo llama padre fiduciario, cinco testigos ciudadanos romanos que hubieran llegado á

la pubertad, el *libripende*, que tenia una balanza, alusion á la época en que no se contaba sino que se pesaba el dinero, y el *antestado*, llamado así porque convocaba los testigos, y tocándoles las orejas despues de celebrado el acto les encargaba que se acordaran de su celebracion. El hijo era vendido al comprador por el padre natural con la fórmula *mancupo tibi hunc filium, qui meus est:* constestaba el comprador, *hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc œre, hac œneâque librâ,* entregaba la moneda como representacion del precio que intervenia en la venta ficticia, y despues manumitia al hijo. Con arreglo á las doctrinas del derecho antiguo, que quedan expuestas, el hijo varon necesitaba hasta la tercera manumision para no recaer en la potestad paterna; por consiguiente era indispensable repetir hasta por tercera vez esta venta imaginaria. Pero en la tercera venta se agregaba una cláusula confidencial, *fiducia*, en virtud de la cual el comprador quedaba obligado con el padre á la remancipacion, es decir, á volver á venderle de nuevo el hijo que compraba; su fórmula era: *ego verò hunc filium meum tibi mancupo eâ conditione, ut mihi remancupes, ut inter bonos benè agier oportet, ne propter te, tuamque fidem frauder.* El comprador, recibido el precio de este último contrato, se convertia en vendedor, y volvia á entregar el hijo á su padre. El objeto de interponerse el contrato de fiducia, del que tomó el comprador el nombre de *padre fiduciario*, era dejar salvos al padre natural los derechos de tutela y de sucesion. Despues de todo, el padre manumitia por el rito de vindicta al hijo, el cual quedaba absolutamente libre de la pátria potestad. Respecto de las hijas y de los nietos, una venta bastaba para la emancipacion; pero en ella se interponia tambien la cláusula de la remancipacion, para que quedasen salvos al padre los derechos de patronato.

Ex imperiali rescripto.—El Emperador Anastasio introdujo esta clase de emancipacion, reducida á obtener del Emperador un rescripto autorizándola, el cual presentado al magistrado producia su efecto, con tal que se agregara el consentimiento del hijo si habia salido de la infancia; si estaba aun en ella no era necesario (1). A esta emancipacion llaman *Anastasiana* los intérpretes.

In meliùs reformavit.—Era mucho mas fácil obtener del juez lo que se declaraba como derecho comun, que acudir al Emperador para impetrar una gracia particular.

Judices vel magistratus.—Tómanse aquí estas dos palabras en un mismo sentido, lo que tambien sucede en otros lugares del derecho (2),

(1) Ley 5, tít. XLVIII, lib. VIII del Cód.
(2) Ley 1, tít. I, lib. V del Dig.

aunque por regla general el nombre *judex* hacia referencia á los jueces pedáneos.

Manu dimitterent.—No impropiamente se daba á la emancipacion el nombre de manumision, porque, como queda dicho, debia esta intervenir segun los antiguos ritos.

Quæ tribuuntur patrono.—Quiso conservar Justiniano al padre todos los derechos que le daban los antiguos ritos, por corresponderle en virtud del contrato de fiducia el patronato del hijo emancipado.

7 Admonendi autem sumus, liberum esse arbitrium ei, qui filium et ex eo nepotem vel neptem in potestate habebit, filium quidem de potestate dimittere, nepotem verò vel neptem retinere; et *ex diverso* filium quidèm in potestate retinere, nepotem verò vel neptem manumittere (eadem et de pronepote vel pronepte dicta esse intelligantur), vel omnes sui juris efficere.

Debemos advertir aquí que el que tiene en su potestad á un hijo, y de èste á un nieto ó nieta, puede emancipar al hijo, reteniendo en su potestad al nieto ó nieta; y por el contrario puede retener al hijo emancipando al nieto ó nieta (debiendo decirse lo mismo del biznieto y de la biznieta), ó puede tambien emanciparlos á todos. 7

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 133 del Com. I de sus Inst.).

Comentario.

Ex diverso.—Duro es que el abuelo pudiera emancipar al nieto sin que interviniera el consentimiento del padre; esto sin embargo era una consecuencia de la pátria potestad, tal como la establecieron los romanos. Requeríase el consentimiento del emancipado, ó al menos su anuencia, cuando no estaba en la infancia (1), porque aunque muchas veces era á los hijos beneficiosa la emancipacion, por cuanto con la independencia adquirian todos los derechos civiles, en otras les era perjudicial, porque estas ventajas no les compensaban la pérdida de los derechos de la agnacion.

8 Sed et, si pater filium, quem in potestate habet, *avo vel proavo* naturali, secundùm nostras constitutiones super his habitas, in adoptionem dederit, id est, si hoc ipsum actis intervenientibus *apud competentem judicem* manifestaverit, præsente eo, qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo, qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis

Si el padre da al hijo que tiene en su potestad en adopcion á un abuelo ó bisabuelo natural con arreglo á nuestras constituciones sobre el particular, esto es, declarándolo en un acta delante del magistrado competente, en presencia y sin oposicion del adoptado y estando presente el adoptante; la patria potestad del padre natural queda disuelta 8

(1) Principio del cap. 11 de la novela 89.

patris naturalis, *transit autem* in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus personâ et adoptionem plenisimam esse antea diximus.

y pasa al ascendiente adoptivo, en cuya persona es plenísima la adopcion, como antes hemos manifestado.

ORIGENES.

Conforme con una constitucion del mismo Justiniano, que es la ley 11, tít. XLVIII, lib. VIII del Código.

Comentario.

Avo vel proavo.—Se refiere á los ascendientes, porque como antes queda dicho, solo la adopcion plena, esto es, la hecha por ellos, producia el efecto mas bien de trasladar que de constituir ó disolver la pátria potestad.

Apud competentem judicem.—No ante el juez pedáneo, sino ante el magistrado que era el competente para las acciones de la ley, á cuya clase correspondia la adopcion.

Transit autem.—Hé aquí como el hijo por este medio no se libertaba del poder paterno sino que solo cambiaba de padre civil. Lo demás que puede contribuir á la ilustracion del texto está ya dicho al tratar de la adopcion plena.

9 Illud autem scire oportet, quod, si nurus tua ex filio tuo conceperit, et filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis, pregnante nuru tuâ, nihilominus quod ex eâ nascitur, *in potestate tuâ nascitur*; quod, si post emancipationem, vel adoptionem fuerit conceptus, patris sui emancipati, vel avi adoptivi potestati subjicitur (*a*); et quod neque naturales liberi, neque adoptivi *ullo penè modo* possunt cogere parentem de potestate suâ eos dimittere (*b*).

Conviene tener presente que si tu nuera concibe de tu hijo, y estando en cinta lo emancipas ó lo das en adopcion, tu nieto sin embargo nace en tu potestad; mas si ha sido concebido despues de la emancipacion ó de la adopción, permanece en poder de su padre emancipado, ó de su abuelo adoptivo (*a*). Además tanto los descendientes naturales como los adoptivos, casi de ningun modo pueden obligar á sus ascendientes á que los emancipen (*b*). 9

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 135, Com. I de sus Inst.)
(*d*) Tomado de Marciano. (Ley 31, tít. VII, lib. I, del Dig.)

Comentario.

In potestate suâ nascitur.—Por regla general los concebidos se reputan como nacidos para los efectos civiles (1).

Ullo penè modo.—El padre como dueño de sus hijos no podia

(1) Ley 26, tít. V, lib. I del Dig.

ser obligado á emanciparlos; puesto que por regla general ningun propietario puede ser compelido á deshacerse de su propiedad. Mas del mismo modo que en algunas ocasiones por razones de conveniencia pública, ó para cohibir los abusos del dominio, se obliga al propietario á enajenar, puede por razones análogas establecerse una emancipacion forzosa. Tres son los casos que las leyes de Justiniano marcan, estos son: si el padre prostituia el honor de la hija (1), si exponia á los hijos (2), y por último si contraia matrimonio incestuoso (3).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Los principios del derecho español, que han sido antes expuestos, son suficientes á hacer conocer que una parte de las doctrinas de este título es hoy inaplicable. Disolviéndose la pátria potestad por el matrimonio del hijo, no puede haber lugar á tratar del modo de terminarse por la muerte del abuelo; y no reconociendo nosotros la reduccion á esclavitud, tampoco hay que considerar aquí el cautiverio y la servidumbre de la pena. Háse por otra parte hablado ya de la adopcion, que cuando es plena, única perteneciente á este lugar, traslada, mas bien que extingue, la pátria potestad. Debo por lo tanto exponer como modos de disolverla la muerte natural ó civil del padre, y la muerte natural y civil, la emancipacion y la dignidad del hijo.

Los autores generalmente consideran una muerte civil en que se incurre por pena, y fundados en una ley de Partida (4) sientan la doctrina que por ella se extingue la pátria potestad. No creo que ni aun antes de la publicacion del nuevo código penal existiese una pena que llevara consigo anejo lo que se llama muerte civil, á no ser que se dé á esta palabra un sentido muy diferente del que hasta ahora ha representado. Cuando los mismos que estaban condenados á muerte podian testar; cuando por la sentencia de diez años de presidio con retencion, que era la pena mas grave de todas las corporales despues de la de muerte, no se disolvian los vínculos conyugales, ni se abria la sucesion del presidiario; cuando la pena de confiscacion estaba ya abolida (5), difícil es conocer qué se queria decir al ha-

---

(1) Ley 12, tit. IV, lib. I, del Código.
(2) Leyes 2, tít. LI lib. VIII del Código.
(3) Capítulo 2 de la novela 12.
(4) Ley 2, tít. XVIII, Part. IV.
(5) Art. 10 de la Constitucion de 1837 y de la de 1845.

blar de la pena de la muerte civil. Tampoco debe considerarse como tal la interdiccion civil que, en concepto de accesoria, establece el código penal vigente (1); porque no introduce la ficcion legal de que ha muerto el que la sufre, sino que se limita á privar al condenado á las penas principales, del derecho de pátria potestad, de la autoridad marital, del derecho de ejercer la tutela, de ser miembro del consejo de familia, de administrar sus bienes, y de disponer de ellos por actos *inter vivos* mientras dura la condena (2), limitaciones que dimanan de la necesidad en unos casos, y de la conveniencia en otros.

No se infiera de aquí que los que pierden la cualidad de españoles continúan sometidos á las leyes nacionales en las cuestiones que se refieren á la condicion y al estado civil; por el contrario, en estos negocios son extranjeros, y han de estar sujetos á las leyes del pueblo que eligen por pátria adoptiva; pero esto no es una muerte civil, es solo el cambio de nacionalidad. Mas debe observarse que el delito, por grave que sea, no priva de la calidad de españoles á los que lo son segun la ley fundamental de la monarquía: esa calidad solo puede perderse por un acto voluntario (3). Pero si bien las leyes no admiten como pena la muerte civil, es indudable que como tal debe de reputarse la profesion religiosa (4).

La emancipacion es entre nosotros legal, voluntaria ó forzosa. Es legal la que tiene lugar por el ministerio de la ley, en virtud del matrimonio que contrae el hijo de familia. La emancipacion voluntaria es mas bien conforme con la introducida por el Emperador Anastasio que con la reformada por Justiniano, puesto que requiere la autorizacion real que se da en virtud de motivos razonables suficientemente justificados (5), debiendo intervenir el consentimiento del padre y del hijo (6). La emancipacion forzosa es efecto de un acto del padre que hace presumir su voluntad, ó de la mala conducta que observa: á la primera clase pertenece la aceptacion de una manda con condicion de emancipar: la segunda se verifica cuando contrae un matrimonio incestuoso ó sacrílego, ó da trato cruel é inhumano á sus hijos, ó hace exposicion de ellos, ó pervierte ó prostituye á las hijas, ó disipa los bienes del hijastro que, arrogado antes, hubiese llegado á la pubertad (7). La emancipacion forzosa es decretada por la autoridad judicial, excitada por los hijos y con conocimiento de causa.

---

(1) Art. 24.
(2) Artículos 41 y 374 del Código penal.
(3) Art. 1 de la Constitucion.
(4) Proemio del tít. VII de la Part. I.
(5) Art. 2 de la ley de 14 de abril 1838.
(6) Ley 15, tít. XVIII, Par. IV.
(7) Leyes 4 y 18, tít. XVIII, de la Part. IV.

Las leyes de Partida (1) fijan ciertas dignidades en virtud de las cuales los hijos se libertan del poder del padre. Desconocidas hoy, se considera que las han reemplazado todas las que llevan aneja jurisdiccion ó autoridad superior en los diferentes ramos del servicio público.

Antes de terminar esta materia deberian añadirse algunas palabras acerca de la suspension de la pátria potestad respecto al que sufre una pena que lleva por accesoria la interdiccion civil; pero ya he indicado poco hace lo suficiente, atendida la naturaleza de esta obra.

TITULUS XIII.

De tutelis.

TITULO XIII.

De las tutelas.

Hasta aquí han tratado las Instituciones de los individuos que están sujetos á la potestad ajena: en ellos no hay para que distinguir los que pueden mirar por sí mismos y los que necesitan el auxilio de otra persona, ya por no tener desarrolladas completamente sus facultades, ya por estar incapacitados de atender á sus intereses; porque el señor y el padre, en cuyo poder y guarda están, tienen sobre ellos la vigilancia que la ley establece respecto de los que, siendo dueños de sí mismos, se encuentran física y moralmente inhabilitados para dirigir sus personas y sus intereses. De esta division de las personas empieza á hablarse en el presente título.

La institucion de la tutela romana se pierde en las tinieblas de la primitiva monarquía: Tito Livio dice que Anco Marcio nombró por tutor de sus hijos á Lucio Tarquino Prisco. Mas dejando investigaciones históricas, que nos sacarian de nuestro terreno, corresponde hablar aquí de la tutela en que se hallaban las mujeres segun el derecho antiguo, pues aunque habia desaparecido del todo en tiempo de Justiniano, este Emperador insertó en sus compilaciones legales fragmentos de jurisconsultos y constituciones antiguas que se referian á ella, dándoles una aplicacion y sentido bien diferente dé aquel en que se habian escrito.

La tutela de las mujeres ó era pupilar ó perpétua. La pupilar no se diferenciaba de la de los varones, y concluia con la pubertad: la perpétua las acompañaba por el resto de sus dias. En virtud de esta no necesitaban de la autoridad del tutor, el cual, aunque no tenia la administracion de los bienes, debia intervenir en sus obli-

(1) Leyes 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14, tit. XVIII, Part. V.

gaciones, en las acciones que entablaban, y en las enajenaciones que hacian de las cosas que estaban en el dominio quiritario. Mas entiéndase siempre que esto se referia solo á las que no estaban en potestad del padre ó del marido, porque la tutela de las mujeres, igualmente que la de los pupilos, solo tenia lugar en las personas exentas de la potestad ajena *(in capite libero)*. Esta tutela perpétua se subdividia en testamentaria, legítima y pretoria. Llamábase testamentaria la que en postrimera voluntad el padre ó el abuelo daban á sus hijas ó nietas; el suegro á la mujer del hijo que estaba en su potestad, y el marido, como jefe de la famila, á la mujer, que habia entrado en su poder por uno de los modos solemnes que oportunamente quedan descritos: á veces el marido dejaba á su mujer la eleccion del tutor, y entonces el nombrado por esta se llamaba *tutor optivus*. La tutela legítima era la deferida á los agnados, la cual podia ser cedida en derecho, *in jure cedi*, como una cosa del dominio quiritario, y en este caso se llamaba al tutor *cessitius*: esta cesion, que solia tener lugar para que el agnado no estuviese sujeto á una carga perpétua, se hacia generalmente á otro agnado. La pretoria era la dada por los magistrados á falta de tutor testamentario ó legítimo, ó cuando este era menor, ó por último, si las mujeres tenian que seguir contra él un litigio.

Mas la tutela de las mujeres fué sucesivamente desapareciendo. Empezó esta decadencia por los privilegios que se acordaron á algunas mujeres ilustres para manejar por sí solas sus intereses; despues en tiempo de Augusto se concedió igual exencion á todas las vestales; por la ley Papia Poppea se hizo extensiva á las ingénuas que hubieran dado á luz tres hijos, y á las libertinas con cuatro, beneficio que despues vino á otorgarse por gracia de los Emperadores á muchas mujeres estériles que lo impetraban. El senado-consulto Claudiano suprimió la tutela cesicia, y así sucesivamente fué desterrándose esta clase de potestad, que aun duraba cuando la silla del Imperio se trasladó á Constantinopla, si bien habia dejado de existir mucho antes del imperio de Justiniano.

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quæ *in potestate* non sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus igitur de his, quæ in tutelà, vel in curatione sunt: ita enim intelligemus ceteras personas, quæ neutro jure tenentur.

Pasemos ahora á otra division de las personas. Entre las no sujetas á potestad ajena, unas están en tutela, otras en curaduría y otras ni en una ni en otra. Tratemos aquí de las que están en tutela ó curaduría; y así comprenderemos las que no lo están.

ORIGENES.

Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 142, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

In potestate.—La palabra *potestad* alude en este texto á la del señor ó del padre: tomada en un sentido mas lato comprende tambien la del tutor, como se observa en el párrafo siguiente:

Ac priùs dispiciamus de his, quæ in tutelâ sunt.	Primeramente hablemos de las que están en tutela.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 143, Com. I de sus Inst.)

1	Est autem tutela (ut Servius definit) *jus ac potestas in capite libero, ad tuendum* eum, qui *propter ætatem* se defendere nequit, *jure civili data ac permissa.*	La tutela, segun la define Servio, es derecho y potestad en una cabeza libre, dados y permitidos por el derecho civil para proteger á aquel que por razon de su edad no puede defenderse.	1

ORIGENES.

Copiado de Paulo. (Princ. de la ley 1, tít. I, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Jus ac potestas.—*Vis et potestas* dicen generalmente las ediciones. Vinnio observa que estas dos palabras frecuentemente van unidas, y que significan aquí la potestad ó el derecho que tiene el tutor de obrar tanto respecto de la persona del pupilo, como de sus bienes; sin embargo, muchos jurisconsultos quieren darles distinta significacion, comprendiendo bajo la de *vis* la facultad que tiene el tutor de obrar por sí mismo, y bajo la de *potestas* la de autorizar los actos del pupilo. Heineccio considera esta definicion con arreglo á la época del jurisconsulto Servio de quien está tomada: como entonces existia la tutela perpétua de las mujeres, de que ya se ha hablado, en su concepto *vis* quiere decir potestad con el derecho de castigar, esto es, la que el tutor tenia en el infante y en el próximo á la infancia; *potestas*, potestad sin el derecho de castigar, que ejercia el tutor sobre la mujer y sobre el pupilo próximo á la pubertad. Claro es que la palabra *potestad* no significa aquí el poder absoluto, acepcion que tenia en los títulos anteriores.

In capite libero.—De estas palabras han tomado algunos ocasion de tachar esta definicion como oscura, porque pueden recaer tanto sobre el pupilo como sobre el tutor. No lo creo así, porque además de

presentarse la construccion gramatical muy clara, se debe observar que jurídicamente solo son aplicables al pupilo, pues que para ser tutor basta ser libre, aun estando sujeto á la pátria potestad. En uno de los títulos siguientes explicaré la palabra *caput:* aquí basta decir que tiene la misma significacion que la de *hombre,* y que *caput liberum* se toma en el texto bajo una significacion mas extensa que la literal que encierra, pues que no solo éxcluye al esclavo sino tambien al hombre libre que está sujeto á la potestad paterna.

Ad tuendum.—Esta es la diferencia esencial entre la potestad del tutor y la del señor y del padre: el objeto de las últimas, exclusivo ó principal, es la utilidad de los que las disfrutan: el de la tutela es una autoridad de defensa y de proteccion, que solo consulta al beneficio del pupilo. Esta palabra incluye tambien explícitamente el principio de que el tutor se da principalmente á la persona, y no directamente para las cosas ó las causas, diferencia que le separa del curador, como oportunamente se observará.

Propter ætatem.—Tambien esta palabra designa otra diferencia entre la tutela y la curaduría, pues que esta se da no solo por la edad sino por otras causas diferentes.

Jure civili.—O bien porque la tutela dimanaba de las leyes, en cuyo caso pueden considerarse estas palabras como opuestas á las de *derecho pretorio*, ó bien porque solo los que gozaban de la ciudadanía podian ser y recibir tutores. En esta última interpretacion, la frase *jure civili* estará puesta en contraposicion al *derecho de gentes.*

Data ac permissa.—La tutela legítima es dada inmediatamente por la ley, la testamentaria y la dativa son autorizadas por ella. Así entiendo estas palabras; no encuentro, sin embargo inconveniente en considerarlas como un pleonasmo, segun quieren muchos intérpretes.

2 Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, ex quâ re ipsâ nomen ceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores, sicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

Los que ejercen esta potestad se llaman tutores, nombre que han recibido de la misma institucion. La palabra tutores equivale á las de protectores (*tuitores*) y defensores, así como se da el nombre de *æditui* á los que velan sobre los edificios. 2

ORIGENES.

Copiado de Paulo. (§. 1, ley 1, tít. 1, lib. XXVI del Dig.)

3 Permissum est itaque parentibus liberis impuberibus, quos in potestate habent, *testamento* tutores dare. Et hoc in filio filiâque omnimodò

Está permitido á los ascendientes dar tutores en testamento á los descendientes impúberos que están en su potestad. Esto tiene lugar en los 3

procedit; nepotibus tamen neptibusque ita demùm parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sint *recasuri*. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tuâ sit, nepotes ex eo non poterunt testamento tuo tutorem habere, quamvis in potestate tuâ fuerint: scilicet quia, mortuo te, in patris sui potestatem recasuri sunt.

hijos y en las hijas indistintamente; mas solo pueden dárselo á los nietos y nietas en el caso que despues de su muerte no tengan que recaer en potestad de su padre. Así, pues, si tu hijo al tiempo de tu muerte está en tu potestad, los nietos que de él tengas no podrán recibir tutor por tu testamento, aunque estén en tu poder, porque despues de tu muerte han de recaer en potestad de su padre.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§§. 144 y 146, Com. I de sus Inst.).

Comentario.

Testamento.—Tres son las clases de tutelas: la testamentaria, la legítima y la dativa, de las cuales trata sucesivamente el Emperador. En este texto nos describe tan bien la testamentaria, que muy poco hay que añadir para su completa inteligencia. Dimanaba de la ley de las Doce Tablas que decia: *Paterfamilias uti legassit super pecuniæ tutelæve suæ rei, ita jus esto.* Explicaré estas palabras: *legare* queria decir *legem dicere*, porque el testador era considerado como una especie de legislador doméstico al disponer de sus bienes por última voluntad: *pecuniæ*, todos los bienes y derechos del testador que entre los antiguos se desígnaban de esta manera: *suæ rei*, los hijos que, como queda dicho anteriormente, tenian con relacion al padre, en cuyo dominio estaban, la consideracion de cosas. Tres son segun el texto las circunstancias que deben tenerse presentes en esta tutela: la persona que da el tutor, la persona á quien se da, y el modo de darse. Solo el ascendiente es el que puede dar tutor al descendiente constituido en su poder, y que no ha de recaer despues en potestad de otro; ya en testamento, ya en codicilos confirmados en el testamento (1).

Recasuri.—Es claro que el que entra en potestad de otro no puede tener tutor, puesto que la tutela no recae sino sobre el hijo de familia.

4 Cum autem *in compluribus aliis causis* postumi pro jam natis habentur, et in hac causâ placuit non minùs postumis quam jam natis testamento tutores dari posse, si

Los póstumos que en estos, como en otros muchos casos, tienen la consideracion de nacidos, pueden recibir tutores por testamento, con tal que, si hubieran nacido en vida 4

(1) Ley 3, tit. II, lib. XXVI del Dig.

modò in eâ causâ sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui et *in potestate* eorum fierent.

de sus ascendientes, fueran herederos suyos y estuvieran en su poder.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 147, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

In compluribus aliis causis.—Los póstumos, esto es, los hijos nacidos despues de la muerte del padre, se reputaban por el antiguo derecho como personas inciertas, por lo que no podían ser instituidos herederos, ni legatarios, ni recibir tutor. Esta jurisprudencia fué variando sucesivamente: así es que Cayo, de quien tomó Justiniano las palabras que comento, ya los reputaba como nacidos en muchos casos, ampliados por el mismo Emperador, como mas adelante se dirá. El principio general es que siempre que se trata de su interés, se reputan como nacidos.

In potestate.—Esta es una consecuencia de lo que antes queda expuesto: la equiparacion de los póstumos á los nacidos hace que en el caso en que estos no puedan recibir tutor, tampoco los primeros.

5 Sed si *emancipato* filio tutor à patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sentenciâ præsidis omnimodò, id est *sine inquisitione*.

Mas si el padre ha dado en testamento al hijo emancipado un tutor, este debe ser confirmado por sentencia del *presidente* en todos los casos, esto es, sin investigacion. 5

ORIGENES.

Tomado de Modestino. (§§. 1 y 2, ley 1, tít. III, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Emancipato.—Se ha dicho antes que la pátria potestad es el fundamento de la tutela testamentaria: de aquí se infiere que en rigor de derecho no debia ser subsistente el nombramiento de tutor para un hijo emancipado. Sin embargo, creyendo la ley que el cariño de los padres, ó de otras personas que daban particulares muestras de afeccion al pupilo, podía, mas bien que la cualidad del parentesco, garantizar el acierto de la eleccion, estableció que la autoridad del magistrado corroborara los nombramientos hechos por persona que no tenia potestad paterna, para salvar la inflexibilidad de los principios decretó esta intervencion de la autoridad judicial que les confiriera el valor que los testadores no podian darles. Así el juez confirma el nombramiento hecho por el padre en una última disposicion no válida, el dado al hijo emancipado, y aun al natural á quien dejó algunos

bienes (1), y el nombrado por el patrono, por la madre, ó por una persona extraña, cuando instituyen heredero al pupilo (2).

Sine inquisitione.—Quiere decir: sin investigar las cualidades del tutor, y la conveniencia del nombramiento. No es esto especial al caso de que habla el texto, sino general á todos los nombramientos hechos por el padre, que requieren la aprobacion judicial: al contrario, la confirmacion del tutor nombrado por otra persona cualquiera requiere la investigacion (3).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Muy parecidas son las doctrinas de este título con las de nuestro derecho (4): hay sin embargo algunos puntos de discordancia que conviene notar. Uno de ellos, que deja sin uso gran parte de las leyes romanas que se refieren á la tutela testamentaria, dimana de los principios que antes quedan sentados: el abuelo no tiene poder paterno sobre sus nietos; y por lo tanto están revocadas todas las disposiciones que en nuestro derecho antiguo se fundaban en la misma teoría.

Advertiré, antes de pasar adelante, que soy de opinion de que las leyes pátrias, aun cuando solo hablan de los tutores dados en testamento (5), son extensivas tambien á los nombrados en codicilos nuncupativos, porque estos, como en su lugar manifestaré, requieren las mismas solemnidades que los testamentos abiertos (6).

Del mismo modo que sucedia entre los romanos, nuestras leyes, si bien consideran á la pátria potestad como orígen de la tutela testamentaria, extienden la facultad de nombrar tutor en última disposicion á personas, que no estando revestidas del poder paterno, dan señaladas muestras de afeccion á los huérfanos, pero prescribiendo tambien la confirmacion judicial para dejar á salvo el rigor de los principios. Así es que el padre natural (7), la madre legítima y la natural (8), y un

---

(1) §. 1, ley 1. tít. III, lib. XXVI del Dig.; y ley 4, tít. XXIX, lib. V del Cód.
(2) Ley 4, tít. II, lib. XXVI del Dig.; §. 1 de la ley 1, tít. III del mismo libro; y ley 4, tít. XXVIII, lib. V del Cód.
(3) §. 2 de la ley 1, tít. III, lib. XXVI del Dig.
(4) Tít. XVI, Part. IV.
(5) Leyes 2, 6 y 9, tít. XVI, Part. VI.
(6) Ley 2, tít. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.
(7) Ley 8, tít. XVI, Part. VI.
(8) Ley 6, tít. XVI, Part. VI.

extraño (1), pueden nombrar tutor al huérfano á quien instituyen heredero (y aun la madre al que solo deja una manda); todos estos nombramientos están sujetos á la aprobacion judicial. A esta confirmacion damos el nombre de *discernimiento del cargo*, y aunque la ley lo limita á algunos casos solamente, la práctica lo extiende á todos los tutores, á excepcion de la madre y de los autorizados por el testador para administrar sin semejante requisito. El juez, antes de otorgar el discernimiento, debe investigar la utilidad que puede resultar al pupilo: la diferencia que hacen algunos de nuestros autores de confirmacion con *investigacion* y *sin investigacion*, está copiada de las leyes romanas, pero no es conforme ni con la letra ni con el espiritu de las nuestras. La confirmacion del juez es necesaria respecto del nombramiento que ha recaido en persona hábil por la ley para la tutela, y ha sido hecho por el padre, por la madre ó por otro que haya instituido por heredero al huérfano (2): mas es voluntaria respecto del nombramiento verificado por la madre que solo dejó al hijo parte de sus bienes (3).

TITULUS XIV.

Qui dari tutores testamento possunt.

Dari autem potest tutor non solùm paterfamilias, sed etiam *filiusfamilias*.

TTULO XIV.

De las personas que pueden ser nombradas tutores en testamento.

Puede ser nombrado tutor, no solo el padre de familia, sino tambien el hijo de familia.

ORIGENES.

Tomado de Papiniano. (Ley 9, tít. VI, lib. I del Dig.)

Comentario.

Filiusfamilias.—El hijo de familia, como se ha dicho antes, con relacion á los oficios y cargos públicos era reputado como padre de familia (4). Esto no era peculiar á la tutela testamentaria, á que se concreta este título, sino comun á todas.

1 Sed et servus proprius testamento cum libertate *rectè tutor dari potest*. Sed sciendum est, eum, et

Puede igualmente ser nombrado tutor en testamento el esclavo propio á quien se da la libertad. Mas debe 1

(1) Ley 8 citada.
(2) Leyes 5, 6 y 8, tít. XVI, Part. IV.
(3) Ley 6 citada.
(4) Ley 9, tít. VI, lib. I del Dig.

sine libertate tutorem datum, *tacitè libertatem directam* accepisse videri, et per hoc rectè tutorem esse. Planè si *per errorem*, quasi liber, tutor datus sit, aliud dicendum est (*b*). Servus autem alienus *purè inutiliter* testamento datur tutor: sed ita, CUM LIBER ERIT, utiliter datur. Proprius autem servus *inutiliter eo modo* tutor datur (*c*).

advertirse que en el caso que le nombre tutor sin manumitirlo se entiende que recibe tácitamente la libertad directa, y que por lo tanto tendrá efecto el nombramiento (*a*) Lo contrario debe decirse en el caso de que se le hubiese nombrado tutor por error creyendo que era libre (*b*). No se puede nombrar con validez tutor testamentario al esclavo ajeno puramente, pero sí con la condicion de que lo sea cuando adquiera la libertad. El nombramiento del esclavo propio hecho de esta manera seria inútil (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Paulo. (§. 2, ley 32, tít. II, lib. XXVI del Dig.)
(*b*) Tomado de Ulpiano. (Ley 22, tít. II, lib. XXVI del Dig.)
(*c*) Tomado de Celso. (Ley 21, tít. VII, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Rectè tutor dari potest.—El testador, al nombrar por tutor al esclavo dándole la libertad, le hacia á un mismo tiempo libre, ciudadano y tutor: para desempeñar las funciones de este cargo le era indispensable tener la libertad y la ciudadanía, porque de otro modo estaba inhabilitado para los oficios públicos.

Tacitè libertatem directam.—Fundado en la conjetura de la voluntad del testador, el Emperador declara aqui que es libre el esclavo nombrado tutor por su dueño, sin hacer expresion de la libertad, porque el que quiere los efectos quiere las causas necesarias para producirlos. En otro lugar he manifestado la diferencia que existe entre la libertad directa y fideicomisaria: aqui solo debo advertir que no siempre fué uno mismo el derecho en este punto. Justiniano adoptó la opinion de Paulo (1), separándose de la decision de los Emperadores Valeriano y Galieno, por la que solo se daba al esclavo la libertad fideicomisaria (2).

Per errorem.—Fúndase esto en que no es de presumir que el testador hubiera nombrado tal tutor si supiera que era esclavo.

Pure inutiliter.—Quieren decir estas palabras que el nombramiento puro, esto es, sin condicion, es inútil: sin embargo se sostenia como fideicomiso, á no aparecer contraria á ello la voluntad del testa-

(1) §. 2, ley 32, tít. II, lib. XXVI del Dig.
(2) Ley 9, tít. IV, lib. VII del Cód.

dor. Así lo dice Ulpiano invocando la utilidad pública y el favor de los pupilos (1).

Inutiliter eo modo.—En este caso la voluntad expresa del testador cierra la puerta á las conjeturas fundadas antes en su silencio.

2 Furiosus, vel minor vigintiquinque annis tutor testamento datus, *tunc tutor erit*, cum compos mentis, aut *major vigintiquinque annis* factus fuerit.

El loco ó el menor de veinte y cinco años nombrados tutores en testamento, lo serán, el primero cuando recobre el juicio, y el segundo cuando sea mayor de aquella edad. 2

ORIGENES.

Tomado de Paulo. (Ley 11 del título I; y §. 2 de la ley 32, tit. II, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Tunc tutor erit.—La confianza especial que la leyes tienen en la tutela testamentaria, porque es de creer que nadie, mejor que el padre, conoce la persona que con mas ventaja de su hijo puede reemplazarle en sus cuidados, ha hecho que tenga mas privilegios su eleccion, que el llamamiento de la ley ó el nombramiento del magistrado. En el intermedio se proveia, como expondré mas adelante, de defensa al pupilo. Conviene añadir aquí que á pesar de la latitud que tenia el testador para nombrar tutores, no podia hacer la eleccion en una persona incierta, porque como se dice en otro lugar de esta misma obra (2), el hombre debe consultar deliberadamente por el bien de su posteridad.

Major vigintiquinque annis.—Claro es que la doctrina del texto solo puede tener lugar cuando hay términos hábiles, esto es, cuando el tutor elegido llegue á la mayor edad antes que el pupilo á la pubertad.

3 *Ad certum tempus*, vel ex certo tempore, vel sub conditione (*a*), vel *ante hæredis institutionem* (*b*), posse dari tutorem, non dubitatur.
4 *Certæ autem rei* vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ vel rei datur (*c*).

Puede sin duda alguna nombrarse tutor hasta cierto tiempo, ó desde cierto tiempo, ó condicionalmente (*a*), ó antes de la institucion de heredero (*b*). No puede nombrarse 4 un tutor para algun negocio ó causa determinada, porque la tutela se da á la persona y no al negocio ni á la causa (*c*). 3

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Ulpiano. (§. 2, ley 8, tít. II, lib, XXVI del Dig.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 231, Com. II de sus Inst.)
(*c*) Tomado de Marciano. (Ley 14, tít. II, lib. XXVI del Dig.)

---

(1) §. 4, ley 10, tít. II, lib. XXVI del Dig.
(2) §. 27, tít. XX, lib. II.

Comentario.

Ad certum tempus.—Sin detenerme en la explicacion de las modificaciones con que puede hacerse el nombramiento de tutor, porque son comunes á otros actos civiles, en donde mas oportunamente podrán ser explicadas, me limitaré á poner algunos ejemplos que hagan conocer el valor de cada una de las palabras del texto: *ad certum tempus*, si el testador expresaba tiempo, antes de la pubertad, para que el tutor cesase en su cargo, v. gr., si decia: «nombro á »Cayo tutor por tres años»; *desde cierto tiempo* cuando señalaba la época en que debia empezar á ejercer sus funciones, como si decia: «el tutor se encargue de la tutela á los dos años despues de mi muerte:» *bajo condicion* cuando hacia depender de un acontecimiento futuro é incierto la fuerza del nombramiento, v. gr., si lo hacia en estos términos: «nombro á Paulo tutor de mis hijos, si se hiciere abogado.» Obsérvase en todos estos casos que la ley ha dado mas atribuciones al padre que al magistrado, el cual de ninguno de dichos modos podia dar tutor; tanto porque el nombramiento Atiliano era un acto legítimo, como porque la eleccion del padre, en la parte que fuera deficiente, podia ser suplida por el magistrado, y la de este no tenia enmienda.

Ante hæredis institutionem.—Como se verá mas adelante, hasta el tiempo de Justiniano la institucion de heredero era el principio, la cabeza del testamento, y desde ella tomaban fuerza los legados, los fideicomisos y las libertades, lo cual sufrió alteracion por las leyes de este Emperador. Pero entonces habia ya prevalecido la opinion de la escuela de Labeon y Próculo, que sostenia el nombramiento de tutor hecho antes de la institucion, fundándose en que por él nada se desmembraba de la herencia (1).

Certæ autem rei.—El tutor es dado á la persona del pupilo, y solo administra sus cosas por consecuencia de la proteccion que debe á la persona: así se suele decir que secundariamente debe atender á los bienes del huérfano que le está confiado, lo que es una diferencia capital entre su cargo y el del curador. Esto no impide que muchos encargados colectivamente de la tutela puedan dividir su administracion. No era tan constante el principio del texto antes de Justiniano (2).

5 Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, *etiam postumæ*, vel postumo videtur dedisse, quia filii vel filiæ apellatione et postumus

Si alguno diere tutores á sus hijas 5
ó á sus hijos, se entiende tambien que lo da á la póstuma ó al póstumo, porque estos se comprenden

(1) §. 231, Com. II de las Inst. de Cayo.
(2) §. 176 del Com. I de las Inst. de Cayo.

et postuma continentur (*a*). Quod si nepotes sint, an apellatione filiorum et ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut ipsis quoquè dati videantur, si modò LIBEROS dixit; ceterum, si FILIOS, non continebuntur: aliter enim filii, aliter nepotes apellantur. Planè si postumis dederit, tam filii postumi, quàm ceteri liberi continebuntur (*b*).

bajo la denominacion de hija y de hijo (*a*). Mas si se trata de nietos ¿estarán comprendidos para este efecto bajo la denominacion de hijos? Deberemos contestar afirmativamente en el caso de que el testador usase la palabra *descendientes*, y negativamente si usó del nombre de *hijos*, porque de distinto modo se designa á los hijos que á los nietos. Si el tutor fuere dado á los póstumos, están comprendidos bajo esta denominacion tanto los hijos como los demás descendientes póstumos (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Ulpiano. (Ley 5, tít. II, lib. XXVI del Dig.)
(*b*) Copiado casi literalmente de Ulpiano. (Ley 6, tít. II, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Etiam postumæ.—Toda la doctrina de este texto se funda en la conjetura de la voluntad del testador, y en el principio, ya antes expuesto, de que el póstumo se reputa como nacido siempre que se trata de su interés. Solo debe añadirse á las explicaciones que da el Emperador, que si el testador usare solo de la palabra *hijos* ó *nietos* comprenderia tambien á las hijas y á las nietas, porque además de ser esta interpretacion general en todo el derecho, hay una ley (1) que en este caso especial así lo establece.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Guardan entera conformidad nuestras leyes con las romanas en las doctrinas que se comprenden en este título: solo se observa una diferencia respecto al menor de edad, que entre nosotros no puede ser nombrado tutor (2).

---

(1) Principio de la ley 10, tít. II, lib. XXVI del Dig.
(2) Ley 4, tít. XVI, Part. IV.

TITULUS XV.	TITULO XV.
De legítima agnatorum tutela.	**De la tutela legítima de los agnados.**

El padre, como mas conocedor de las necesidades, de los recursos y de los intereses de su familia, era quien, segun se ha visto, tenia en primer término el derecho de designar la persona que dirigiese á sus hijos en la orfandad. En defecto de esta designacion la ley próvida hacia llamamientos, y fundándose en el principio de que el que tenia la esperanza de la sucesion debia sufrir la carga de la tutela, los hacia recaer sucesivamente en los agnados. Cambiado el modo de suceder por una novela de Justiniano (1), é igualados los agnados y cognados, cesó en gran parte el antiguo derecho, mas quedó subsistente el principio de la igualdad de llamamientos en la herencia y la tutela. En virtud de esto eran tutores los parientes por el órden y grado con que eran llamados á la sucesion intestada de los huérfanos: cuando habia muchos constituidos en igual grado, todos simultáneamente eran tutores. Mas la madre y la abuela tenian el derecho de preferencia sobre todos, excepto únicamente el tutor testamentario, con tal que renunciaran al segundo matrimonio y al beneficio del senado-consulto Veleyano, en virtud del cual no podian *interceder* por otros (2). Este cambio vino á hacer inútiles gran parte de las disposiciones que el presente título contiene.

Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum *agnati* sunt tutores, qui vocantur *legitimi*.	A falta de tutor testamentario son llamados á la tutela por la ley de las Doce tablas los agnados, á los que se da el nombre de tutores legítimos.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 155, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Agnati.—He explicado ya en otro lugar la agnacion: aquí solo me limitaré á decir que lo que el texto establece respecto de los agnados fué extensivo, despues de la novela 118, á todos los parientes.

---

(1) La 118.
(2) Cap. 5. de la nov. 118.

Legitimi.—La tutela que, en defecto de la voluntad del padre, se defiere á los mas próximos parientes, recibia el nombre de *legítima*, porque estaba instituida por la ley. Esta denominacion no era especial á la tutela de los agnados, sino comun á otras. Por esto es que generalmente se enumeran además otras tres clases de tutela legítima, la de los patronos, la de los padres y la fiduciaria, de que mas adelante habla Justiniano.

1 Sunt autem agnati *per virilis sexus* personas cognatione conjuncti, quasi à patre cognati: veluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo, item patruus, et patrui filius, neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt agnati, sed aliàs naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus (et invicem scilicet tu illi eodem jure conjungeris); quia qui nascuntur patris, non matris, familiam sequuntur.

Llamamos agnados á los parientes unidos por el sexo masculino, esto es, á los parientes por parte de padre, por ejemplo, el hermano hijo del mismo padre, el hijo del hermano y el nieto de él, é igualmente el tio paterno, su hijo y su nieto. Por lo que hace á los parientes unidos por el sexo femenino, no son agnados, sino solo cognados por el derecho natural: así el hijo de tu tia paterna no es tu agnado sino tu cognado (y recíprocamente el mismo vínculo te une á tí con él), porque los hijos siguen la familia del padre y no la de la madre. 1

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 156, Com. I de sus Inst.)

Per virilis sexus.—No debe tomarse el texto tan literalmente que se dé el carácter de agnados á todos los parientes unidos por el sexo masculino, y solo á ellos. La familia civil, como en otra parte se ha manifestado, constituia el vínculo de la agnacion; así es que el hijo emancipado dejaba de ser agnado, al mismo tiempo que lo era el adoptivo.

2 Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem si omninò non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare, sed si, quantùm ad tutelam pertinet, intestatus decesserit. Quod tunc quoquè accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, *vivo testatore* decesserit.

Cuando la ley llama á los agnados á la tutela *ab intestato*, no significa precisamente que no haya hecho testamento el que podia dar tutor, sino que haya muerto sin testar por lo que hace á la tutela: esto se entiende que tiene lugar tambien cuando el tutor nombrado ha muerto antes del testador. 2

ORIGENES.

Tomado de Paulo. (Ley 6, tit. VI, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Vivo testatore.—Este caso se pone solo como, ejemplo, porque lo mismo acontece cuando el tutor testamentario, despues de encargarse de la tutela, muere ó pierde los derechos de ciudadano: ó cuando llega el dia ó la condicion que el testador señaló como término de la tutela.

3 Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis-deminutione plerumquè perimitur: nam agnatio juris est nomen. Cognationis verò jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia verò non utique.

Los derechos de agnacion se extinguen generalmente por la capitisdiminucion, porque la agnacion es un vínculo de derecho civil. Mas los derechos de cognacion no cambian del mismo modo, porque la ley civil puede destruir los derechos civiles, pero no los naturales. 3

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 158, Com. I de sus Inst.)

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Muy simplificadas están en el derecho español las doctrinas de la tutela legítima: desconociendo hoy la que los romanos llamaban de patronos, y las de los padres y fiduciaria fundadas en el derecho de patronato y admitidas en las Partidas (1), solo existe la de parientes: por esto omitiré hacer el exámen comparativo de nuestras leyes y de las romanas en los títulos XVII, XVIII y XIX de este libro, cuyas doctrinas han caducado completamente. He manifestado en el comentario que la igualacion de los agnados y cognados causó entre los romanos profundas variaciones en los nombramientos, y estas variaciones entre nosotros se han venido á enlazar con la diferente constitucion de la familia. Estableceré como principio que, en defecto de la tutela testamentaria, la ley llama á su desempeño á los parientes mas próximos que tienen capacidad legal. Esto nos da por consecuencia el siguiente órden gradual de llamamientos: la madre, el abuelo, la abuela y luego los demás parientes por el órden sucesivo de proximidad (2). En el título siguiente se verá el modo que han tenido

---

(1) Ley 10, tit. XVI, Part. VI.
(2) Ley 9, tit. XVI, Part. VI.

las leyes de evitar desacuerdos entre los tutores que están en el mismo grado de parentesco, y de prevenir los defectos de una administracion que, en manos de muchos, ofreceria pocas prendas de ser bien dirigida.

TITULUS XVI.

De capitis minutione.

TITULO XVI.

De la capitis-diminucion.

Antes de empezar á exponer las doctrinas que este título comprende, debo justificar la traduccion que doy á su epígrafe. La frase latina *capitis-minutio*, ó *capitis-deminutio*, no admite otra castellana equivalente y tan expresiva y enérgica como ella: la de diminucion de cabeza nada quiere decir; la de mutacion de estado vendria á hacer formar una idea inexacta de lo que se queria traducir: por esto sin duda vemos que en nuestras universidades ha prevalecido la nomenclatura latina, prefiriéndose la falta de pureza del lenguaje al peligro de una traduccion poco jurídica.

La palabra *caput* queria decir entre los romanos el nombre que se inscribia en las tablas censuales. Sabido es que desde el reinado de Servio Tulio se hacia cada año en Roma un censo en que estaban los nombres de todos los ciudadanos en la clase que les correspondia con proporcion á sus riquezas. En la última de ellas se hallaban los proletarios, esto es, los que solo contribuian al Estado con la propagacion y la manutencion de la prole, y los *capite censi*, es á saber, los que en el censo solo ofrecian sus personas. Por triste, por poco honorífica que fuera la condicion de los *capite censi*, gozaban todo el lleno de los derechos de libertad, de ciudadanía y de familia; no así los que no estaban inscritos en el censo, á los que se llamaba *capite destituti*. Así cuando alguno por cualquier razon era borrado de las tablas censuales, *caput ab urbe eximebatur* ó *deminuebatur*, se quitaba una cabeza de la ciudad. Por esto me parece bien fundada la opinion de Hotman (Hottomanus) quien observa que la palabra *capitis-deminutio*, que originariamente debia aplicarse á la clase que perdia uno de sus miembros, se trasladó al miembro que dejaba de pertenecer á ella.

Est autem capitis-deminutio prioris *status commutatio*. Eaque tribus modis accidit: nam aut *maxima* est capitis-deminutio, aut *minor*, quam quidam mediam vocant, aut *minima*.

La capitis-diminucion es la mutacion de un primer estado. Acontece de tres maneras, porque es ó máxima, ó menor, que algunos llaman media, ó *mínima*.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 159, Com. I de sus Inst.).

Comentario.

Status.—La palabra *estado* tiene en el derecho diferentes acepciones; mas la propia de este lugar es la reunion de los derechos de libertad, de ciudadanía y de familia.

Commutatio.—Solo impropiamente puede decirse que la capitis-diminucion máxima, y la media, son una mutacion de estado: el que sufria cualquiera de ellas dejaba de estar en las tablas censuales; no cambiaba de estado, sino que lo perdia.

Maxima, minor, minima.—Los tres elementos que constituian el estado de ciudadano romano eran la libertad, la ciudadanía y la familia: á ellos se refieren las tres capitis-diminuciones. Algunos jurisconsultos, fundados sin duda en que la pérdida de la ciudadanía, del mismo modo que la de la libertad, privaba del estado civil á los que la padecian, solo hablan de dos capitis-diminuciones, la grande y la menor: en esta division se comprende bajo el primer nombre las que el texto llama máxima y media. Así lo hacen Ulpiano (1) y Calistrato (2).

1 *Maxima est capitis-deminutio*, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit (*a*). Quod accidit in his, qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ, vel liberti, ut ingrati circa patronos condemnati, vel qui ad pretium participandum se venundari passi sunt (*b*).

Hay capitis-diminucion máxima, cuando uno á la vez pierde la ciudadanía y la libertad (*a*); esto acontece á los que una terrible sentencia hace esclavos de la pena, á los libertos condenados como ingratos á sus patronos, ó á aquellos que se han dejado vender para participar del precio (*b*). 1

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 160, Com. I de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 6, ley 6, tít. III, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Maxima capitis-deminutio.—Una regla general basta para comprender la doctrina del texto: el que era reducido á la condicion de esclavo sufria la capitis diminucion máxima, esto es, la que privaba de la libertad y de la ciudadanía. De los casos que pone el texto se ha hablado suficientemente al tratar del modo de constituirse la esclavitud.

---

(1) §. 1 de la ley 1, tít. XVI, lib. XXXVIII del Dig.
(2) §. 3 de la ley 5, tít. XIII, lib. L del Dig.

2 Minor sive media est capitis-deminutio, cum *civitas* quidem *amittitur*, libertas verò retinetur. Quod accidit ei, *cui aquâ et igni* interdictum fuerit (*a*), vel ei, qui *in insulam deportatus* est (*b*).

Hay capitis-diminucion menor ó media, cuando se pierde la ciudadanía y se conserva la libertad; esto sucede á aquellos á quienes se ha privado del agua y del fuego (*a*), y á los que son deportados á una isla (*b*). 2

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 161, Com. I de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 2, tít. XIX, lib. XLVIII del Dig.)

Comentario.

Civitas amittitur.—Es decir, que se perdia la libertad romana, y el que sufria la capitis-diminucion media era reducido á la peregrinacion. Para los efectos puramente civiles, en su sentido rigoroso, esta capitis-diminucion era igual á la máxima, puesto que el que la padecia no participaba del derecho quiritario, aunque le quedaban salvos todos los derechos en que tenian participacion los peregrinos.

Cui aquâ et igni.—A ningun romano podia privarse de la libertad y de la ciudadanía contra su voluntad; pero perdia esta inmediatamente el que se adscribia en una ciudad extranjera. Así era preciso recurrir á medios indirectos para conseguir el fin de privar á una persona de la ciudadanía. Para esto buscaron los romanos un camino parecido al que, segun se ha dicho antes, inventaron para imponerle cierta clase de penas, suponiéndole esclavo. Privábanle de techo, de agua y de fuego, á fin de que de este modo, no teniendo auxilios tan necesarios para la vida, que le negaban todos los ciudadanos, se viera en la precision de acogerse á un pais extraño, perdiendo así su nacionalidad. Así no sufria en rigor la capitis-diminucion media por la interdiccion del agua y del fuego, sino por su adscripcion en el pueblo á que se refugiaba.

In insulam deportatus.—A la interdiccion del agua y fuego, cuyo nombre subsistió aun despues que ya no se aplicaba, sustituyó la deportacion. Esta fué introducida en tiempo de Augusto, y muy usada en los posteriores. El que la padecia, reducido á custodia y sujeto con prisiones, era trasportado á una isla de la que no podia salir sin incurrir en la pena de muerte (1). La relegacion ó destierro se diferenciaba de la deportacion, no solo porque solia ser temporal, sino porque el desterrado conservaba los derechos de ciudadanía, y no sufria por lo tanto capitis-diminucion (2).

---

(1) Ley 4, tít. XIX, lib. XLVIII del Dig.
(2) §§. 2 y 3, ley 7, tít. XXII, lib. XLVIII del Dig.

3 Minima capitis-deminutio est, cum et *civitas et libertas retinetur*, sed *status hominis commutatur* (*a*). *Quod accidit in his*, qui, cum sui juris fuerunt, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra (*b*).

Hay capitis-diminucion mínima cuando reteniéndose la ciudadanía y la libertad, solo se modifica el estado de la persona (*a*); esto acontece á aquellos que siendo dueños de sí mismos, empiezan á estar sujetos á potestad de otro, y lo mismo en el caso contrario (*b*). 3

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 162 del Com. I de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 2, ley 2, tít. V, lib. IV del Dig.)

Comentario.

Civitas est libertas retinetur.—Debe tenerse presente que la circunstancia de ser hijo de familia no impedia el ejercicio de los derechos politicos y civiles; pues, como queda dicho antes, el hijo era reputado como padre de familia en las cosas públicas.

Status hominis commutatur.—No todas las leyes se expresan exactamente del mismo modo: Ulpiano (1) dice que esta capitis-diminucion se verifica dejando salvo el estado, *salvo statu*. Es fácil, sin embargo, la inteligencia y la conciliacion de estas leyes: el estado público, esto es, la libertad y la ciudadanía permanecen intactas; el privado, es decir, el de familia sufre alteracion. Por esto Vinnio, al comentar este texto, advierte oportunamente que en el párrafo inicial del título la palabra *status* comprende las dos acepciones referidas.

Quod accidit in his.—Los casos puestos en el texto solo pueden considerarse como ejemplos, porque siempre que un individuo salia ó entraba en una familia, la capitis-diminucion tenia lugar, y entonces habia adquisicion, pérdida ó traslacion de los derechos de la agnacion, esto es, del parentesco civil. Así el hijo dado por el padre en plena adopcion segun el derecho de Justiniano, y anteriormente la mujer que por uno de los modos solemnes entraba en poder de su marido, *conveniebat in manum viri*, y el dado en mancipacion, *in mancipio*, sufrian la capitis-diminucion mínima (2).

Algunas ediciones al fin de este texto añaden las palabras siguientes: *veluti si filiusfamilias à patre emancipatus fuerit, est capite minutus*. Y ellas ofrecen otra prueba de que la palabra *estado* se refiere tambien á la condicion privada. Con relacion á la pública el emancipado ganaba con la emancipacion el carácter de padre de familia: solo, pues, considerando los derechos de agnacion que perdia, podia decirse que

(1) §. 8 de la ley 1, tít. XVII, lib. XXXVIII del Dig.
(2) §. 162 del Com. I de las Inst. de Cayo.

sufria capitis-diminucion. Algunos creen que esta capitis-diminucion se fundaba en la venta imaginaria con que antiguamente se hacia la emancipacion: basta para convencerse de que no es exacto este modo de ver, observar que en tal caso no seria la capitis-diminucion mínima, sino la máxima, en la que incurrieran los emancipados: debo, sin embargo, decir que aquella opinion está fundada en la autoridad de Paulo adoptada por Justiniano (1).

4 Servus autem manumissus capite non minuitur, quia *nullum caput* habuit.

El esclavo manumitido no sufre capitis-diminucion, porque no tiene estado. 4

ORIGENES.

Conforme con Paulo. (§. 1, ley 3, *tít.* V, lib. VI del Dig.).

Comentario.

Nullum caput.—Es decir, ni era libre, ni ciudadano, ni agnado.

5 Quibus autem dignitas magis, quàm status, permutatur, capite non minuuntur; et ideò senatu motum capite non minui constat.

No sufren capitis-diminucion aquellos que cambian mas bien la dignidad que el estado, y por lo tanto ni los senadores que han sido excluidos del senado. 5

ORIGENES.

Tomado de Modestino. (Ley 3, tít. IX, lib. I del Dig.)

6 *Quod autem dictum est*, manere cognationis jus et post capitis-deminutionem, hoc ita est, si minima capitis-deminutio interveniat: manet enim cognatio (*a*). Nam si maxima capitis-deminutio incurrat, *jus* quoquè *cognationis perit*, ut puta servitute alicujus cognati, et ne quidem, si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed etsi *in insulam deportatus* quis sit, cognatio solvitur (*b*).

Mas lo dicho respecto á que el derecho de cognacion sobrevive à la capitis-diminucion, debe entenderse de la capitis-diminucion mínima (*a*). Porque si media la capitis-diminucion máxima, se extinguen tambien los derechos de cognacion, como acontece cuando el cognado es reducido á la esclavitud, pues entonces la cognacion no revive aunque sea manumitido. La cognacion se disuelve igualmente cuando uno es deportado á una isla (*b*). 6

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Pomponio. (Ley 5, tít. VIII, lib. XXXVIII del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 8, ley 1, tít. XVII, lib. XXXVIII del Dig.)

---

(1) §. 1 de la ley 3, tít. V, lib. IV del Dig.

Comentario.

Quod autem dictum est.—Vuelve aquí el Emperador á tratar de la materia, que dejó pendiente al concluir el título anterior. La agnacion, dijo entonces, perece por la capitis-diminucion; no así la cognacion, porque los vínculos naturales son independientes de la ley civil: ahora añade que lo dicho se limita solo á la capitis-diminucion mínima, porque la máxima disuelve la cognacion. La simple lectura del texto hace conocer que bajo la palabra máxima se comprende tambien la capitis-diminucion media, del mismo modo que, segun antes se ha visto, la comprendieron Ulpiano y Calistrato. Esto debe fundarse en la equiparacion de la muerte civil con la muerte natural (1).

Jus cognationis perit.—El parentesco natural es independiente de las disposiciones de la ley; esta no puede hacer que dejen de ser padres, hijos ó hermanos los que lo son: así es que las palabras del texto solo pueden referirse á los efectos civiles del parentesco.

In insulam deportatus.—El deportado, sin embargo, recobraba sus antiguos derechos, si conseguia del Emperador una restitucion absoluta, como he manifestado al comentar el párrafo primero del título que trata de los modos de disolver la pátria potestad.

7 Cum autem ad agnatos tutela pertineat, *non simul ad omnes* pertinet, sed ad eos tantum, qui proximiore gradu sunt, vel si ejusdem gradus sint, ad omnes.

Cuando la tutela corresponde á los agnados no se defiere simultáneamente á todos, sino solo á aquellos que son mas próximos en grado, y, si fueren muchos en el mismo grado, á todos ellos. 7

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 164, Com. I de sus Inst.; y ley 9, tít. IV, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Non simul ad omnes.—Toda la doctrina de este texto se funda en el principio de que la tutela debe corresponder al que es llamado á la herencia. Mas esto no debe tomarse de un modo absoluto: algunos hay que tienen el derecho de suceder inmediatamente, y sin embargo, no se encargan de la tutela; tales son los que por razon de la edad, del sexo ó de la incapacidad física ó moral no pueden ser tutores: por el contrario hay otros que no son llamados á la sucesion y sí á la tutela; así puede suceder á los agnados, cuando el padre, en uso del derecho que le da la ley, nombró al huérfano un sustituto pupilar.

---

(1) §. 10 de la ley 65, tit. II, lib. XVII del Dig.

Algunas ediciones añaden al final de este párrafo el ejemplo de diferentes hermanos llamados á la tutela por estar todos en el mismo grado.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Por mas conformidad que guarden las leyes españolas (1) con las romanas respecto á la doctrina del estado de las personas, debo manifestar que es inadmisible hoy en nuestro derecho. La no existencia de la esclavitud en la metrópoli bastaria por sí á dejar sin efecto en ella muchas de las disposiciones á que me refiero, pero quizá origina aun mayor variacion el distinto aspecto que entre nosotros tiene la nacionalidad y la extranjería, comparativamente á la línea de division que entre los romanos separaba al ciudadano del peregrino. Recordaré aquí que he dicho en otro lugar que la nacionalidad no puede perderse entre nosotros sino en virtud de un acto voluntario, y que la pena por grave que sea no es suficientemente poderosa á despojar al que la sufre de la calidad de español. En las mismas relaciones que median con los extranjeros se han sustituido otros principios menos exclusivos y mas conformes á los intereses generales de la humanidad, á los de las naciones y á los de los individuos. La diferencia del derecho de gentes y del civil no sirve ya para marcar los derechos de que puede hacerse participante al extranjero: principios mas luminosos y cosmopolitas, si es lícito decirlo así, han reemplazado á las antiguas teorías. Separándome, pues, en un todo de la nomenclatura y de las doctrinas romanas, expondré sucintamente las nuestras.

Con relacion al estado civil las personas pueden ser ó españoles ó extranjeros. Son españoles los nacidos en los dominios de España, los hijos de padre y madre españoles aunque hayan nacido fuera de España, los extranjeros que obtienen carta de naturaleza, y los que sin ella ganan vecindad en un pueblo de la monarquía. Deja de ser español el que adquiere naturaleza en país extranjero, y el que admite empleo de otro Gobierno sin licencia del rey (2).

La diferencia esencial que hay en los efectos jurídicos de derecho privado entre los españoles y extranjeros es que los primeros gozan del beneficio de todas las leyes, y están obligados al cumplimiento de todas ellas, y los segundos solo á algunas, respecto á las que se hallan

---

(1) Ley 18, tit. I, Part. VI.
(2) Artículo 1 de la Constitucion.

sometidos á los tribunales del reino. La línea de separacion entre unas y otras leyes dimana de la diversidad de derechos que comprenden: las que se refieren á principios universales, admitidos del mismo modo en todos los pueblos, á reglas de seguridad y policía, y á los bienes inmuebles sitos en España, son extensivas á los extranjeros; pero no así las que hacen relacion á la constitucion de la familia, á las sucesiones y á todas las relaciones personales; los tratados que existen entre los diferentes Gobiernos vienen á ampliar ó á limitar estos principios.

Ni es mas útil para la inteligencia del derecho pátrio la doctrina de la capitis-diminucion mínima, que solo serviria para aumentar la nomenclatura y las complicaciones en la explicacion de principios que se comprenden mejor sin tantos rodeos.

Concluiré haciéndome cargo de la doctrina del último párrafo de este título. En el caso que fueren varios los parientes mas próximos del huérfano constituidos en el mismo grado, todos serán llamados á la tutela, teniendo capacidad, como sucedia entre los romanos. Pero para la unidad de la administracion y en obviacion de disturbios futuros, podrá uno de ellos manifestar al juez que está dispuesto á afianzar, administrando solo; ó pedir que lo haga uno de los otros: estos elegirán, y el juez discernirá el cargo al designado, si no estuvieren de acuerdo, encargará la administracion al mas idóneo y útil al huérfano, exigiéndole préviamente la fianza (1).

TITULUS XVII.

De legitima patronorum tutela.

Ex eâdem lege duodecim tabularum libertorum et libertarum tutela *ad patronos* liberosque eorum pertinet, quæ et ipsa legitima tutela vocatur: non quia nominatim eâ lege de hac tutelâ cavetur, sed quia perindè accepta est *per interpretationem*, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quo hæreditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum perti-

TITULO XVII.

De la tutela legítima de los patronos.

Por la misma ley de las Doce Tablas la tutela de los libertos y de las libertas pertenece á los patronos y á sus descendientes. Se llama legítima, no porque expresamente esté establecida en la misma ley, sino porque ha sido admitida por interpretacion, viniendo á tener igual fuerza que si hubiese sido introducida por sus palabras. Efectivamente los antiguos creyeron que en el mismo hecho de dar la ley la herencia

(1) Ley 11, tít. XVI, Part. VI.

nere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere (cum et agnatos, quos ad hæreditatem vocat, eosdem et tutores esse jussit) (*a*): quia plerumquè, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet. Ideò autem diximus PLERUMQUE, quia si à feminâ impubes manumittatur, ipsa ad hæreditatem vocatur, *cum alius erit tutor* (*b*).

de los libertos y de las libertas, que morian sin testar, á los patronos y á sus hijos, queria que les perteneciese la tutela (pues la daba igualmente á los agnados, á los que llamaba á la herencia) (*a*); porque casi siempre el cargo de la tutela debe confiarse á aquel que tiene el beneficio de la sucesion. Decimos *casi siempre*, porque si uno que no ha llegado á la pubertad es manumitido por una mujer, á pesar de que esta es la llamada á la herencia, otro será el tutor (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§ 165, Com. I de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Quinto Mucio Scevola. (Ley 73. tít. XVII, lib. L del Dig.)

Comentario.

Ad patronos.—Los que salian de la esclavitud no tenian agnados; por eso en lugar de la tutela legitima, de que trata el titulo anterior, se introdujo esta para suplirla, cuando los manumitidos no habian llegado á la pubertad.

Per interpretationem.—Esta interpretacion debe entenderse la de los jurisconsultos, que estaban autorizados para interpretar públicamente el derecho, y acerca de cuyas respuestas he hablado al comentar el párrafo 8 del título II.

Cum alius erit tutor.—Porque la madre y la abuela solamente eran las mujeres admitidas á tutela con las restricciones establecidas por la ley.

TITULUS XVIII.

De legitima parentum tutela.

Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quæ et ipsa *legitima* vocatur. Nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

TITULO XVIII.

De la tutela legitima de los ascendientes.

A imitacion de la tutela de los patronos hay otra, que tambien se llama legítima; porque si alguno emancipa á su hijo ó hija, á su nieto ó á su nieta, hijos de hijo, y así sucesivamente, antes de que lleguen á la pubertad, será su tutor legítimo.

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§. 175, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Exemplo patronorum.—La tutela de los ascendientes ni fué establecida en las Doce Tablas, ni introducida por su interpretacion, pues que no llamaban al padre para suceder al hijo emancipado, como al patrono para la herencia del liberto. Sin embargo, al hablar de la emancipacion y de su antigua fórmula, se ha dicho que por la cláusula de *fiducia*, que se interponia en la última venta, el padre ó el abuelo retenian un patronato sobre el emancipado: tal es el orígen de esta tutela. Por esto se le da el nombre de *fiduciaria*, que despues ha servido para designar la que correspondia al hijo del emancipante, como se verá en el siguiente título. Mas si la emancipacion se hacia sin esta cláusula, es claro que la tutela correspondia al manumitente como patrono. Cayo (1) y Ulpiano (2) llaman tambien fiduciaria á esta tutela, nombre que no podia venir entonces de la cláusula de *fiducia*, que no habia tenido lugar, sino de la confianza particular que habia depositado el padre en la probidad del comprador de su hijo.

Legitima.—Esta es la tercera clase de tutela legitima de que hablan las Instituciones. No puede decirse que fuera introducida ni por las palabras ni por la interpretacion de las Doce Tablas: no por sus palabras, porque solo hablaban de la tutela de los agnados, y la emancipacion disolvia los vinculos de la agnacion; no por su interpretacion, porque por las mismas leyes el padre no era llamado á la sucesion del hijo emancipado, como el patrono lo era á la del liberto. Cuando, modificándose el rigor del antiguo derecho, fueron los padres admitidos á la sucesion de los hijos emancipados, segun en su lugar se expondrá, entonces concurrió en ellos el principio de que, como llamados á la sucesion, debian serlo tambien á la tutela.

TITULUS XIX.

De fiduciaria tutela.

Est et alia tutela, quæ *fiduciaria* appellatur. Nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel

TITULO XIX.

De la tutela fiduciaria.

Hay otra tutela que se llama *fiduciaria*. En efecto, si el ascendiente manumite al hijo ó hija, al nieto ó

(1) §§. 166 y 195 del Com. I de sus Inst.
(2) §. 5 del tit. XI de sus Reglas.

deinceps impuberes manumiserit, *legitimam* nanciscitur eorum *tutelam* (*a*); quo defuncto si liberi virilis sexus extant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis et ceterorum efficiuntur (*b*). Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoquè ejus legitimi sunt tutores: *quoniam filius* quidem *defuncti*, si non esset à vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recidere, ideoque nec in tutelam; libertus autem, si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset (*c*).

nieta, y asì sucesivamente, antes de la pubertad, adquiere su tutela legítima (*a*): mas á su muerte, si tienen descendientes varones, estos serán tutores fiduciarios de sus hijos, de su hermano, de su hermana ó de los demás (*b*). Sin embargo, muerto el patrono ó tutor legítimo, sus descendientes son tambien tutores legitimos. Esta diferencia dimana de que el hijo del difunto, si no hubiera sido emancipado por su padre, por la muerte de este seria dueño de sí mismo, y no recaeria en potestad de sus hermanos, y por consecuencia ni en tutela; pero el liberto, si hubiera permanecido esclavo, hubiera siempre estado sometido á los hijos de su señor despues de la muerte de este (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Ulpiano. (§. 10, ley 3, tít. IV, lib. XXVI del Dig.)
(*b*) Copiado de Modestino. (Ley 4, tit. IV, lib. XXVI del Dig.)
(*c*) Conforme con Cayo. (§. 175, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Fiduciaria.—La cuarta clase de tutela legítima es la *fiduciaria*, que tomó este nombre, en defecto de otro exclusivamente propio. Queda manifestado en el título anterior el orígen de semejante denominacion, aplicada con mayor propiedad á la tutela ejercida por los ascendientes que habian emancipado á descendientes, que estaban en su poder y no habian llegado á la pubertad.

Legitimam tutelam.—Conviene observar en este lugar que la palabra *legitimo* se usa en un sentido lato, es decir, comprendiendo á todas las tutelas dadas por la ley: en un sentido mas estricto se limitaba á lo que provenia de las Doce Tablas y de su interpretacion. En esta última acepcion solo serian legítimas las tutelas de los agnados, de los patronos y de sus hijos.

Quoniam filius defuncti.—No es exacta la razon que da aquí Justiniano; para conocerlo basta solo considerar el caso de emancipacion del nieto hecha por el abuelo: muerto este, el padre será tutor fiduciario, y sin embargo si el hijo no hubiera sido emancipado, recaeria bajo su poder. La razon es otra: por la ley de las Doce Tablas los hijos del patrono eran llamados á la sucesion del liberto y debia por lo

tanto corresponderles la tutela: mas no tenian ni el mismo derecho de sucesion, ni la misma carga de la tutela los hijos del emancipante. Aunque en el imperio de Anastasio se dió el derecho de suceder á los hermanos del emancipado (1), siguieron denominándose tutores fiduciarios, sin duda porque no eran llamados á la herencia por la ley de las Doce Tablas.

Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si *perfectæ ætatis* sint. Quod nostra constitutio generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari præcepit.

Se entiende que estos son llamados á la tutela, si han llegado á la edad de capacidad perfecta; lo que nuestra constitucion ha prescrito por regla general para todas las tutelas y curadurías.

ORIGENES.

Esta constitucion es la ley 5, tít. XXX, lib. V del Cód.

Comentario.

Perfectæ ætatis.—Esto es, la edad de veinte y cinco años, requisito esencial para el desempeño de toda clase de tutela (2). Debe añadirse aquí que los tutores legítimos, á diferencia de los testamentarios, debian ser aptos física y moralmente al tiempo de necesitarse el tutor; que por su defecto el cargo pasaba al siguiente en grado; y que por su rehabilitacion no se encargaba de las funciones, que ya habian sido confiadas á otro.

Concluiré este tratado de tutelas legítimas reproduciendo lo que antes queda dicho, á saber: que la igualacion de los derechos de la agnacion y cognacion hecha por Justiniano vino á dejar sin efecto gran número de las disposiciones que comprende.

TITULUS XX.

De Atiliano tutore, et eo, qui ex lege Julia et Titia dabatur.

TITULO XX.

Del tutor Atiliano, y del dado en virtud de la ley Julia y Ticia.

Cuando ni el ascendiente ha provisto de tutor á sus descendientes, ni la ley por medio de sus llamamientos suple la falta, el magistrado, que viene á personificar á la sociedad en este deber humanitario y benéfico, hace la eleccion. Así, despues de haber hablado el Emperador de la tutela testamentaria y legítima, pasa á tratar en este título de la judicial ó dativa. Los que la desempeñaban tenian el nombre de tutores Atilianos, por ser esta tutela institucion de la ley Atilia: des-

(1) Ley 4, tít. XXX, lib. V del Cód.
(2) Ley 5, tít. XXXI, lib. V del Cód.

pues los intérpretes les han dado tambien el de *dativos*, que es el generalmente recibido, si bien no fué usado por los jurisconsultos romanos, quienes por el contrario antiguamente aplicaron el epíteto de dativos á los tutores testamentarios, como lo hacen Ulpiano (1) y Cayo (2). Teófilo en su *Paráfrasis* dice que los tutores nombrados en virtud de las leyes Julia y Ticia se llamaban Julioticianos.

Si cui *nullus omnino* tutor fuerat ei dabatur in urbe quidem Româ à prætore urbano *et majore parte* tribunorum plebis, tutor *ex lege Atiliá*, in provinciis verò à præsidibus provinciarum *ex lege Juliá et Ti-*
1 *tiá* (*a*). Sed et, si testamento tutor sub conditione, aut die certo datus fuerat, *quamdiu conditio aut dies* pendebat, ex iisdem legibus tutor dari poterat. Item si purè datus fuerat, quamdiu *nemo* ex testamento *hæres existat*, tamdiu ex iisdem legibus tutor petendus erat qui desinebat tutor esse, si conditio extiterit, aut dies venerit, aut hæres extite-
2 rit (*b*). *Ab hostibus* quoquè tutore *capto*, ex his legibus tutor petebatur, qui desinebat esse tutor, si is, qui captus erat, in civitatem reversus fuerat: nam reversus *recipiebat tutelam* jure postlimini (*c*).

Se daba tutor á aquel que no le tenia, en Roma por el pretor urbano y la mayor parte de los tribunos de la plebe en virtud de la ley Atilia; y en las provincias por sus presidentes, en virtud de la ley Julia
y Ticia (*a*). En el caso de que el tu- 1
tor testamentario fuera nombrado condicionalmente, ó desde cierto término, mientras estaban pendientes la condicion ó el dia, se podia dar tutor por estas mismas leyes. Del mismo modo cuando estaba nombrado puramente, mientras no existia heredero en virtud del testamento, era necesario pedir otro tutor segun dichas leyes, y este dejaba de serlo cuando se cumplia la condicion, ó llegaba el dia, ó habia he-
redero (*b*). Cogido el tutor por los 2
enemigos, debia pedirse otro segun las leyes referidas. El elegido en este caso dejaba de serlo, si volvia á la ciudad el que habia sido hecho cautivo; porque á su vuelta, por derecho de postliminio, recobraba la tutela (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado casi literalmente de Cayo. (§. 185, Com. I de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 186. Com. I de sus Inst.)
(*c*) Copiado casi literalmente de Cayo. (§. 187, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Nullus omnino.—Esto es, ni testamentarios, ni legítimos, ó los que se compredian bajo estas dos denominaciones, á saber: los confirmados por el magistrado y los fiduciarios.

---

(1) §. 14 del tit. XI de sus Reglas.
(2) §. 154 del Com. I de sus Inst.

Et majore parte.—Siendo diez los tribunos de la plebe debian convenir en la eleccion á lo menos seis de ellos, además del pretor: las palabras del texto implícitamente envuelven que los tribunos que no estuvieran conformes no podian oponerse, esto es, que en la tutela no tenian el *veto* que en otros casos les competia.

Ex lege Atiliâ.—Al tratar de los plebiscitos manifesté que con frecuencia se les daba el nombre de leyes: así sucedè en el caso presente, porque la ley Atilia era un plebiscito: su antigüedad es incierta; Tito Livio habla ya de su disposicion, y Heineccio la atribuye al año 443 de la fundacion de Roma, apoyándose en que entonces era tribuno Atilio Régulo; conjetura que, lejos de contradecir, se acomoda á lo que dicen Antonio Agustin y Gravina.

Ex lege Juliâ et Titiâ.—Esta ley generalmente se asigna á la época de Augusto y al año 723 de la fundacion de Roma. Teófilo, poco conforme con cuantos fragmentos quedan de los jurisconsultos antiguos, dice que fueron dos leyes. No encuentro ningun fundamento para adherirme á su opinion.

Quamdiu conditio aut dies.—Puede establecerse como regla general, que en todas aquellas ocasiones en que está pendiente la tutela testamentaria, hay lugar á la dativa y no á la legítima. El tutor nombrado en este caso tendrá solamente el carácter de interino, y deberá á su tiempo ceder sus funciones al tutor testamentario, ó si faltara la condicion ó la esperanza de que este lo fuera, al legítimo.

Nemo hæres existat.—Todo el testamento tomaba su fuerza de la adicion de la herencia, como oportunamente manifestaré: mientras esta permanecia en suspenso, ninguna de las disposiciones del testador era eficaz: y así puede decirse que en el intermedio el nombramiento de tutor, aunque fuera puro, estaba pendiente de la condicion de la adicion. No sucedia esto en aquellas ocasiones en que, como se expondrá oportunamente, habia en virtud de la misma ley un heredero, que lo era desde el momento de la muerte del testador, sin necesidad de ningun acto de adicion.

Ab hostibus capto.—La doctrina del texto no se aplicaba solamente al tutor testamentario, como parece indicarlo en las palabras que anteceden (1).

Recipiebat tutelam.—En el caso de que el tutor muriera en el cautiverio, no continuaba el dativo dado en el intermedio, sino que habia lugar á la tutela legítima. (2).

3 Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquàm

Dejaron de darse tutores á los pupilos por estas leyes, cuando los 3

(1) §. 2, ley 1. tit. IV, lib XXXI del Dig.
(2) §. 2, ley 2, tit. II, lib XXXI del Dig.

primò consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt, deinde *prætores ex constitutionibus* (*a*). *Nam suprascriptis legibus* neque de cautione à tutoribus exigendà, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem quicquam cavetur.

cónsules primeramente comenzaron á nombrarlos con investigacion, y despues los pretores con arreglo á las constituciones (*a*): porque las referidas leyes nada prevenian ni sobre la fianza que debia exigirse á los tutores para garantir los intereses de los pupilos, ni sobre los medios de compelerlos á la administracion de la tutela.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 200, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Primò consules.—Suetonio dice que en tiempo del Emperador Claudio se concedió á los cónsules el derecho de dar extraordinariamente tutores á los huérfanos: Plinio, que esto duró hasta el tiempo de Trajano: y Modestino, que la autoridad consular suplia los defectos del nombramiento hecho por el padre (1), esto es, que los cónsules confirmaban el tutor testamentario en los casos, ya mencionados, en que el nombramiento hecho por el padre requeria la aprobacion del magistrado. Los cónsules, al efecto, inquirian la condicion, indole y fortuna del tutor, y procuraban poner al pupilo á cubierto de toda clase de perjuicios.

Prætores ex constitutionibus.—El derecho de nombrar tutores fué restituido á la pretura en el imperio de M. Antonino el filósofo, que creó al efecto un pretor especial, al que llamaba *pupilar* ó *tutelar*, por las funciones de que estaba encargado. Esta magistratura duró en Roma por bastante tiempo.

Nam suprascriptis legibus.—Las dos razones que da Justiniano no sirven para probar lo que pretende, porque ninguna es peculiar á esta clase de tutelas: el afianzamiento comprende aun mas á la tutela legítima que á la dativa, y la coaccion es comun á las tres clases que se conocen.

Sed hòc jure utimur, ut Romæ quidem *præfectus urbi*, vel prætor *secundùm suam jurisdictionem*, in provinciis autem præsides *ex inquisitione* tutores crearent (*a*), vel magistratus *jussu præsidum*, si non sint magnæ pupilli facultates (*b*). Nos autem per constitutiònem nos-

Pero el derecho vigente en la actualidad es que en Roma el prefecto de la ciudad, ó el pretor, segun su jurisdiccion, y en las provincias sus presidentes, den tutores con investigacion (*a*), ó los magistrados por mandado de los presidentes, sino es grande la fortuna

(1) §. 1, ley 1, tit. III, lib. XXXI del Dig.

tram et hujusmodi difficultates hominum resecantes, *nec expectatâ jussione* præsidum, disposuimus, si facultas pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeat, defensores civitatum (unà cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite, vel apud *aliãs publicas personas*), vel magistratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare, legitimâ cautèlâ secundùm ejusdem constitutionis normam præstandâ, videlicet *eorum periculo*, qui eam accipiunt (*c*).

del pupilo (*b*). Mas nosotros quitando semejantes dificultades, dispusimos en una constitucion: que sin esperar á las órdenes de los presidentes, en los casos en que la fortuna del pupilo ó del adulto no exceda de quinientos sólidos, los tutores y curadores sean nombrados por los defensores de las ciudades (en union con el religiosísimo obispo ó por las otras personas públicas), por los magistrados ó por el juez de Alejandría, debiendo darse la caucion legal al tenor de la misma constitucion, esto es, á riesgo de los que la reciben (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Trifonino. (§. 3, ley 45, tít. I, lib. XXVII del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (Leyes 1 y 3, tít. V, lib. XXVI del Dig.)
(*c*) Conforme con la ley 30, tit. IV, lib. I del Código, que es la constitucion á que se refiere.

Comentario.

Præfectus urbi.—Incierta es la época en que se concedió la atribucion de dar tutores á las diferentes magistraturas de que habla el texto.

Secundùm suam jurisdictionem.—La interpretacion mas natural y sencilla que admiten estas palabras es que el prefecto de la ciudad y el pretor solo podian dar tutores en el territorio de su jurisdiccion y á los que estaban sujetos á ella. Teófilo en su paráfrasis á este texto dice que hay personas á quienes el prefecto y no el pretor puede dar tutores: su autoridad es favorable á la opinion de los que piensan que, segun la diversa calidad de los pupilos, era el uno ó el otro de estos magistrados el que hacia el nombramiento. Me parece que la competencia de Teófilo, al tratar de cosas que existian en su tiempo, no debe dejar lugar á dudas.

Ex inquisitione.—Esta investigacion se referia á la utilidad del nombramiento, y debia comprender la moralidad, condicion y fortuna del tutor, y cuanto se creia que podia interesar al pupilo.

Jussu præsidum.—La facultad de nombrar tutores, por regla general, no podia delegarse, porque no dimanaba de la jurisdiccion ordinaria del magistrado, sino de una ley especial, y las atribuciones concedidas así al juez no eran delegables (1). Agrégase á esto que

(1) Ley 1, tit. XX, lib. I del Dig.

el acto de dar tutor era legítimo, y, como tal, no admitia procurador (1). Por esto la ley tenia que autorizar estas delegaciones en los casos en que queria hacerlas eficaces.

Nec expectatâ jussione.—La doctrina establecida en el texto anterior quedó subsistente en la parte que hacia referencia al nombramiento de tutores en Constantinopla, y en las provincias si excedia de quinientos sólidos el caudal del pupilo. Solo cuando no llegaba en las provincias á esta cantidad era aplicable la nueva determinacion de Justiniano.

Alias publicas personas.—Alude á los magistrados de cada ciudad.

Eorum periculo.—Esto es, por cuenta y riesgo de los magistrados menores, que son los que reciben la fianza. Debe observarse que la fianza que debian exigir los magistrados de segundo órden reemplazaba á la investigacion que hacian los superiores.

6 Impuberes autem in tutelâ esse, *naturali jure* conveniens est, ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius
7 tutelâ regatur (*a*). Cum igitur pupillorum pupillarumque tutores negotia gerunt, *post pubertatem* tutelæ juditio rationem reddunt (*b*).

Conforme es al derecho natural 6
que los impúberos estén en tutela para que el que no tiene la edad necesaria para dirigirse esté bajo la proteccion de otro (*a*). Administran- 7
do los tutores los asuntos de los pupilos y de las pupilas, despues de la pubertad dan cuenta por la accion de tutela (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 198, Com. I de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 191, Com. I de sus Inst.).

Comentario.

Naturali jure.—Conforme es á la razon y á las instituciones de todos los pueblos cultos que los que por la debilidad de su edad no pueden dirigir su persona y cuidar de sus intereses estén bajo una vigilancia mas inmediata que la de la ley: en este sentido puede decirse que la tutela es de derecho natural; su forma, sin embargo, es de derecho civil. No sucedia lo mismo con la tutela perpétua á que por derecho antiguo estaban sujetas las mujeres, porque el derecho civil la introdujo para impedir que dispusieran de sus bienes en vida ó por última voluntad, sin el consentimiento de los que esperaban la sucesion (2).

(1) Ley 77, tit. XVII, lib. L del Dig.
(2) §. 192 de las Inst. de Cayo.

Post pubertatem.—La obligacion que tienen los tutores de dar cuentas es comun, por regla general, á todos los que administran. La razon de que las den despues de la pubertad consiste, segun dice Ulpiano, en que seria absurdo exigirlas del que aun desempeñaba su cargo (1). Mas deberia darlas así que cesase en sus funciones, si esto se verificase antes de entrar el pupilo en la pubertad.

Tutelæ judicio.—En lugar mas oportuno se hablará del cuasicontrato de tutela y de las acciones que produce.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Las leyes españolas conformes con las doctrinas de los dos últimos párrafos de este título, en que deduce Justiniano la tutela del derecho natural (2), é impone al tutor la obligacion de rendir cuentas (3), establecen la competencia de los jueces para dar tutores, arreglándose á nuestra organizacion judicial. En su virtud debe dar tutor el juez del domicilio del huérfano, ó el del pueblo de su nacimiento, ó del de su padre, ó el del lugar en que están la mayor parte de sus bienes (4). Concurriendo diferentes nombramientos, prevalece el primero, é ignorándose cuál sea este, el del juez del domicilio. Segun la práctica vigente el nombramiento y el discernimiento suelen hacerse en el pueblo donde radica la testamentaría del padre. Con el objeto de que no queden los huérfanos sin tutor, se impone la obligacion de pedirlo á los parientes llamados á la sucesion, los que no haciéndolo pierden el derecho á la herencia: en su defecto pueden todos solicitarlo, porque esta accion es popular (5).

TITULUS XXI.	TITULO XXI.
De auctoritate tutorum.	**De la autoridad de los tutores.**

Al enunciar el epígrafe de este título parece que va á tratar el Emperador de la administracion de los tutores: no lo hace así, sino que se limita á hablar del modo y casos en que interponen su

(1) §. 4 de la ley 9, tít XXIV, lib. XXVII del Dig.
(2) Principio de la ley 16, tít VI, Part. VI.
(3) Ley 21. tít. VI, Part. VI.
(4) Ley 12, tít. XVI, Part. VI.
(5) La misma ley 12.

autoridad, palabra que, como se verá, tenia entre los romanos un sentido muy limitado. Supliré lo que falta á las Instituciones, extractando sucintamente del Digesto las decisiones que pueden considerarse como principales.

Las obligaciones del tutor empiezan antes de entrar en el ejercicio de su cargo. Debiendo tomar posesion de él, segun se dirá, luego que sabe su nombramiento, incurre en responsabilidad si deja de hacerlo, y de su cuenta son los perjuicios que se originen al pupilo (1). Préviamente á su administracion ha de dar, por regla general, la fianza de que se tratará mas adelante, prestar juramento de desempeñar lealmente su cargo, y formar delante de personas públicas el inventario de los bienes del huérfano (2), como expresamente no se lo haya prohibido el testador, so pena de ser removido como sospechoso (3). Antes de cumplir con todas estas formalidades, solo puede hacer las cosas que sean tan urgentes, que su demora ocasionara perjuicios irreparables (4).

Encargado de su oficio el tutor debe procurar hacer cuanto convenga á la persona que se le ha confiado y á sus bienes: de aquí es que tiene dos clases de obligaciones: unas para dirigir al pupilo, y otras para la administracion de sus intereses.

Por lo que hace á la persona, debe cuidar de darle alimentos y educarlo segun la calidad de su familia y la cuantía de sus bienes (5). Si se trata de fijar el lugar donde el pupilo haya de ser alimentado y educado, la autoridad del magistrado es la que lo decide, si bien este deberá seguir la voluntad expresa del padre, á no ser que consideraciones justas le aconsejen otra cosa, teniendo en cuenta el mayor afecto de la madre, de los descendientes, y de los demás parientes del huérfano, y el peligro de confiarlo á los que son llamados á la sucesion (6).

Por lo que concierne al patrimonio del pupilo debe el tutor prestar la misma diligencia que si fueran suyos los bienes que administra (7), y conservarlos y aumentarlos todo cuanto le sea posible. Así debe enajenar los bienes muebles, cuando son inútiles ó no pueden ser conservados; pagar las deudas; exigir los créditos (8); percibir las rentas; depositar el dinero; emplearlo ó bien en la adquisicion

---

(1) §. 1 de la ley 1, tít. VII, lib. XXVI del Dig.
(2) Novela 72, cap. 8. y principio de la ley 7, tít. VII, lib. XXVI del Dig.
(3) §. 1, ley 13, tít. LI, lib. V del Cód.
(4) §. inicial de la ley 7, tít. VII, lib. XXVI del Dig.; y leyes 1, 3 y 5 del tít. XLII, lib. V del Código.
(5) §. 3 de la ley 12, y principio de la 13 del tít. VII, lib. XXVI del Dig.
(6) Título II, lib. XXVII del Dig.; y tít. XLIX, lib. V del Cód.
(7) Principio de la ley 1, tít. III, lib. XXVII del Dig.
(8) §. 9 de la ley 3, y 1 de la 7, tít. VII, lib. XXVI del Dig.

de propiedades, ó bien imponiéndolo á interés (1) dentro de los seis meses del primer año de la tutela, y dentro de dos en los demás años; y por último, defender al pupilo en justicia demandando, respondiendo y apelando (2).

Mas no siempre interviene el tutor del mismo modo en los negocios del pupilo, pues que unas veces obra por él y otras interpone su autoridad. Para aclaracion de las materias comprendidas en este título, y de otras que se ofrecerán mas adelante, debo exponer algunas consideraciones generales acerca de la division de la edad entre los romanos. El jurisconsulto Savigny la explica con tal claridad y lógica, que creo conveniente seguir la exposicion de sus doctrinas en este punto interesante.

El hombre á su nacimiento está absolutamente privado de razon; pero entre este estado y el desarrollo completo de su inteligencia, hay un progreso sucesivo y casi imperceptible. El derecho encuentra aquí dos dificultades: la incertidumbre del término de la vida, y la desigualdad del desenvolvimiento intelectual de los individuos. Las necesidades de la práctica exigen que se dé una solucion perentoria á este doble problema, fijando reglas positivas, único medio de orillar la dificultad. Tres son las grandes épocas que reconoce el derecho romano en la vida, las cuales la dividen en cuatro períodos jurídicos.

1.° Desde el nacimiento hasta cumplidos los siete años: los que están en esta edad se denominan *infantes, qui fari non possunt*.

2.° Desde los siete años hasta el fin de los catorce ó de los doce, segun el sexo, *qui fari possunt*, ó, como dicen los modernos, *infantiá majores*.

Estos dos períodos comprenden la época de la impubertad: en ellos se da á los jóvenes el nombre de *impúberos* (3).

3.° Desde los catorce ó los doce años respectivamente hasta los veinte y cinco *adolescentes, adulti*.

Esta época y los dos períodos anteriores de la edad de la impubertad forman la minoría.

4.° Desde los veinte y cinco años hasta la muerte *majorennes* ó mayores.

Los que están comprendidos en estos dos últimos períodos son *púberos*.

Claro es que las doctrinas que en este título, y en los preceden-

(1) Principio de la ley 5, y §§. 2. 3, 4, 7, 10 y 11 de la 7 del tít. VII, lib. XXVI del Dig.
(2) §§ 2 y 3 de la ley 1, tít. VII, lib. XXVI del Dig.; y ley 11, tít. XXXVII, lib. V del Cód.
(3) Las palabras púberos é impúberos tan frecuentes en el foro y en la escuela, de que antes de ahora he usado, quizá serán tachadas como poco castizas por algunos No encontrando otras monómias para expresar la misma idea, prefiero su uso á la complicacion que produciria el tratar de evitarlas. La Academia española las ha admitido despues de la primera edicion de esta obra.

es y siguientes, se refieren á la tutela, contienen solo los dos primeros períodos de la vida que están comprendidos en la época de la impubertad: por esto debo limitarme aquí á hablar de ellos.

La pubertad sirvió de base á la primera division que los antiguos hicieron de la vida, y á la línea de separacion de la mayoría y de la minoría: el varon desde ella tenia plena libertad de obrar, y la mujer, saliendo de la tutela pupilar, entraba en la perpétua. Mas esto tuvo alteraciones tanto con relacion al tiempo anterior como al posterior á la pubertad. Las anteriores á ella, únicas que aquí corresponden, son la infancia, la proximidad á la infancia, y la proximidad á la pubertad. Conviene examinar la razon por qué se introdujeron estas variaciones.

El derecho antiguo incapacitaba absolutamente á los impúberos para intervenir en los actos jurídicos; así es que todo debia hacerlo por ellos el tutor. Mas la aplicacion rigurosa de este principio los perjudicaba, porque exigiéndose el concurso de las partes interesadas para las principales transacciones de la vida, como la mancipacion, la estipulacion y la venta, quedaban privados de su participacion, pues que la representacion del tutor no era suficiente, atendidas las fórmulas y la jurisprudencia ritual de la antigüedad. Para remediar en parte este inconveniente se empezó á dar consideracion jurídica á los actos de los próximos á la pubertad; esto se hizo teniendo presente que su habilitacion al llegar á la edad viril se fundaba en la presuncion de capacidad, que se les suponia para atender á sus intereses, y que desarrollándose esta sucesivamente no habia dificultad en permitirles obrar algun tiempo antes, con tal que fuesen garantidos contra los perjuicios que se les pudieran originar; de aquí dimanó la regla de que necesitaban el consentimiento del tutor para todas aquellas cosas que podian dañar á sus intereses. Mas como el tiempo de la proximidad á la pubertad era muy corto, la consideracion jurídica ya mencionada se hizo despues extensiva al impúbero, que aun no estaba próximo á la pubertad. De aquí provino que los próximos á la infancia tuvieran tambien capacidad para algunos actos.

No me parece inoportuno explicar aquí la significacion jurídica de la palabra *infancia*. Las expresiones *infans*, *non fari*, no significan precisamente no poder pronunciar sonidos articulados, sino no tener la suficiente comprension para discernir el verdadero sentido de las palabras que se pronuncian. Viene esta denominacion de la costumbre antigua que tenian los romanos de revestir con fórmulas solemnes, combinadas en diálogo, las transacciones mas importantes. Las personas que por su muy corta edad carecian de esta comprension, cuales eran las que no habian cumplido siete años, nada podian hacer por sí; las palabras en su boca no tenian jurídicamente fuerza alguna. Pero

cuando eran ya mayores de los siete años, y conocian el valor de las palabras, aunque no alcanzaran á comprender ni el motivo, ni el fin, ni las ventajas, ni los inconvenientes del negocio, entonces ya podian participar en todos los actos, si bien para que estos tuvieran fuerza en su daño, necesitaban estar autorizados por el tutor.

Con los preliminares expuestos se conocerán fácilmente las diferentes clases de intervencion del tutor. Cuando el pupilo estaba en la infancia nada podia hacer y el tutor obraba siempre por él, *negotia gerebat:* salido de la infancia, el tutor interponia su autoridad, *auctoritatem præstabat*, *auctor fiebat*, en los actos que exigian absolutamente la presencia del pupilo; en los que no la exigian, el tutor ó bien obraba por sí, ó bien prestaba su autoridad. Fácil es conocer ahora la etimología de esta palabra: *auctoritas* viene *ab augendo*, porque la intervencion del tutor, supliendo la inexperiencia del pupilo, venia á aumentar su persona, que de otro modo no seria suficiente para obligarse.

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, *in quibusdam* non est necessaria. Ut eccè, si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est: namque *placuit* meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem verò, non aliter quàm tutore auctore (*a*). Unde in his causis, ex quibus *mutuæ obligationes* nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipse quidem, qui cum his contrahunt, *obligantur;* at invicèm pupilli *non obligantur* (*b*). Neque tamen *hære-*
1 *ditatem adire*, neque bonorum *possessionem* petere, neque *hæreditatem ex fideicommisso* suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quàmvis lucrosa sit, neque ullum damnum habeat (*c*).

La autoridad de los tutores es necesaria en algunos casos á los pupilos, y en otros no lo es: por ejemplo, no la necesitan cuando estipulan que se les dé; pero les es indispensable cuando prometen: porque se ha establecido que pueden hacer mejor su condicion sin la autoridad del tutor; pero que solo con ella pueden empeorarla (*a*). De aquí proviene que en todos los actos que producen obligaciones mútuas, como la compra y venta, el arrendamiento, el mandato y el depósito, si no interviene la autoridad del tutor, los que contraen con los pupilos se obligan; mas los pupilos no quedan á su vez obligados (*b*). Sin embargo, no
pueden adir la herencia, ni pedir la 1
bonorum posesion, ni recibir una herencia fideicomisaria sin la autoridad del tutor, aunque perciban lucro y no sufran ningun daño (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo (§. 107, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 29, ley 13, tit 1, lib. XIX del Dig.)
(*c*) Tomado de Cayo. (§§. 3 y 4 de la ley 9; y ley 11, tít. VIII, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

In quibusdam.—La doctrina de este párrafo, como puede inferirse de su contexto y de lo que queda dicho, se refiere al pupilo mayor de la infancia: antes de este tiempo, como se ha indicado, el tutor lo hace todo por él.

Placuit.—Esta es la regla general, y de ella se derivan las demás que contiene el texto. De que el pupilo puede hacer mejor su condicion sin la autoridad del tutor, y no empeorarla á no ser que intervenga, se infiere que no puede obligarse y sí obligar á otros, y por lo tanto que no puede prometer, pero si estipular. Esta doctrina, que está introducida en favor del pupilo, se funda en la diversa clase de discernimiento que suponian los antiguos que se requeria para obligar ú obligarse: para lo primero bastaba solo á los pupilos el conocimiento general de lo que hacian; para lo segundo era necesaria mayor capacidad, á fin de comprender las consecuencias.

Mutuæ obligationes.—Al tratar en el lugar correspondiente de los contratos, se verá que en algunos hay obligacion solo por uno de los contrayentes, al mismo tiempo que en otros la hay por ambas partes.

Obligantur.—Además del favor del pupilo se agrega para establecer esta doctrina, que es imputable al mayor de edad contraer con el huérfano, al que solo por el aspecto debió considerar como inhábil: no debe, pues, aprovecharle ni su fraude ni su falta de prevision.

Non obligantur.—Los contratos de que habla aquí el texto vienen á resolverse por regla general en dos obligaciones, como notan oportunamente algunos autores: en la compra y venta, por ejemplo, el comprador se obliga á pagar el precio, y el vendedor á entregar la cosa; el contrato, pues, en este caso es subsistente en lo que se refiere á la obligacion del que contrajo con el pupilo, pero no respecto á la contraida por este. Así no estará obligado á entregar lo que vendió, y si lo entregó, el tutor podrá reivindicarlo. Mas como seria contrario á los principios de justicia que uno se enriqueciese con perjuicio de otro, deberá estar obligado el pupilo á restituir todo lo que por virtud del contrato hubiese aumentado su patrimonio. Es claro, por lo tanto, que la restitucion no es extensiva á lo que el pupilo hubiera malbaratado: las pérdidas que por este concepto sufra el que contrató con él, debe imputárselas á sí mismo, que eligió para contratar á una persona cuya inhabilidad debia conocer por la fisonomía.

Hæreditatem adire.—Ante todas cosas debe observarse aquí que estas palabras solo hacen relacion á los herederos *extraños*, que necesi-

tan adir la herencia para ser considerados como tales, porque los herederos *suyos* lo son sin necesidad de ningun hecho personal y solo en virtud de la ley. Esto aparecerá con claridad cuando se trate de las diferentes clases de herederos.

La doctrina del texto es solo una consecuencia de la que antecede, pues que por el acto de la adicion se obliga el heredero á los acreedores testamentarios y hereditarios, como expondré oportunamente, y la herencia puede ser dañosa al pupilo. No hay por otra parte lugar á la aplicacion de la doctrina antes establecida, acerca de los contratos en que nacian dobles obligaciones, porque en ellos intervenian dos actos, dos voluntades, y en el presente caso solo hay un acto y una voluntad invisible, la cual por lo tanto no puede ser en parte válida y en parte nula.

Antiguamente el tutor no podia adir la herencia sin intervencion del pupilo, porque la adicion era uno de los actos que rechazaban toda representacion: supliase esto con respecto á los pupilos mayores de la infancia del modo que en la introduccion de este título queda expuesto; pero en los infantes no era posible, atendido el rigor de las fórmulas antiguas: los Emperadores Teodosio y Valentiniano (1), para evitar los inconvenientes que se originaban en daño de los pupilos, establecieron que el tutor en este caso pudiese adir en nombre de los huérfanos encomendados á su guarda.

Bonorum possessionem.—Esta frase, como mas adelante se verá, es una de las palabras nuevas de que se valian los pretores para suplir, ayudar y corregir el derecho escrito, y quiere decir la herencia dada en virtud del edicto del pretor. Debo manifestar aquí el motivo de la traduccion que le doy, y es, que no encuentro otra que pueda convenirle: ni es extraño, cuando en nuestro derecho no hay la diferencia de herencias legítimas y pretorias, y nuestros antiguos jurisconsultos han escrito en latin. Llamarla posesion de bienes, como hemos oido algunas veces en las universidades, es formar una idea errada, es confundir la *bonorum possessio* con la *possessio bonorum*. La *bonorum possessio* consistia en un derecho, la *possessio bonorum* consiste en un hecho: así el heredero pretorio, esto es, el llamado en virtud del edicto del pretor á la *bonorum possessio,* despues de obtenida esta declaracion, podia pedir que el magistrado decretase que se le diera la posesion de los bienes, *possessio bonorum,* en que consistia la herencia pretoria que se le habia adjudicado. Por esto puede decirse que la *bonorum possessio* es *edictal*, y que la *possessio bonorum* es *decretal*.

---

(1) §. 2 de la ley 18, tit. XXX, lib. VI del Cód.

Hæreditatem ex fideicomisso.—Restituida la herencia, las acciones que competen á ó contra el heredero pasan al fideicomisario por el senado-consulto Trebeliano, como en su lugar se dice: por lo tanto, si el pupilo recibiera la herencia en virtud de fideicomiso, por el mismo hecho se obligaria como si aceptara la herencia.

2 Tutor autem statim, in ipso negotio *præsens*, debet *auctor fieri*, si hoc pupilo prodesse existimaverit. *Post tempus* verò, aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit.

El tutor debe interponer su autoridad, cuando lo juzgue útil al pupilo, en el mismo acto que ha de presenciar. Interponiéndola despues de algun tiempo, ó por medio de cartas, nada hace. 2

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 5 de la ley 9, tít. VIII, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Præsens, auctor fieri.—Necesario es que el tutor esté presente, y que, inmediatamente que se perfeccione el negocio, preste su autoridad. Esta es una consecuencia de la doctrina que antes se ha expuesto: la autoridad del tutor suple la parte de capacidad que le falta al pupilo, y los dos reunidos vienen á formar una sola persona civil: su presencia simultánea es pues indispensable. Agrégase á esto que la prestacion de la autoridad del tutor tenia todos los caractéres de un acto legítimo, que ni admitia dia, ni procurador, ni condicion (1). El tutor prestaba su autoridad, ó bien contestando á la pregunta *¿auctor ne fis?—auctor fio*, ó sin ser interrogado (2).

Post tempus.—La autoridad no puede interponerse ni antes ni despues de celebrado el negocio; no antes, por falta de objeto á que pueda referirse: no despues, porque la obligacion del pupilo y la autorizacion del tutor son un acto solo é indivisible. Así encontramos otros motivos, además de los que sugeria la jurisprudencia formularia, en que fundar la doctrina del texto.

3 Si inter tutorem pupillumve *judicium agendum* sit, quia ipse tutor in rem suam *auctor esse non potest*, non *prætorius tutor*, ut olim, constituitur (*a*), sed *curator* in locum ejus *datur*, quo interve-

Si ha de instaurarse algun juicio entre el tutor y el pupilo, como aquel no puede prestar su autoridad en propia causa, no se nombra á este un tutor pretorio, como antiguamente se hacia (*a*), sino que se 3

(1) Ley 8, tít. VIII, lib. XXVI del Dig.
(2) Ley 3, tít. VIII, lib. XXVI del Dig.

niente, judicium peragitur, et eo peracto curator esse desinit.

señala un curador, con cuya intervencion se verifica el juicio: terminado este el curador cesa en sus funciones.

ORIGENES.

(a) Conforme con Cayo. (§. 184, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Judicium agendum.—El sentido de este texto debe limitarse al caso en que no haya mas que un tutor; porque cuando son varios, solo tendrá lugar si el pleito es con todos ellos (1). Es claro que el juicio á que se refiere el Emperador no es el de tutela, puesto que este solo se entabla despues de concluido el cargo.

Auctor esse non potest.—Incompatible es en el juicio la doble personalidad de demandante y de demandado, puesto que los intereses del que entabla la accion y del que se defiende están en diametral oposicion. Pero la doctrina del texto se extiende á mas, pues que comprende tambien todos los actos extrajudiciales, consignando la regla general: *tutor in re suâ auctor esse non potest.* La necesidad de este principio se descubre á primera vista, porque la vigilancia á que una persona esté obligada como tutor no puede combinarse con el interés opuesto que tiene como contrayente.

Prætorius tutor.—En el rigor de la antigua jurisprudencia formularia habia de ser necesariamente un tutor el que prestáse su autoridad al pupilo en las acciones de la ley; por esto en caso de inhabilidad del tutor debia nombrarse otro por el magistrado para aquel negocio particular, el cual se llamaba *tutor prætorius* ó *prætorianus* como dice Ulpiano (2), porque lo daba el pretor sin estar asociado con los tribunos de la plebe. Esta era una excepcion de la regla que antes quedó establecida, á saber: que no podia darse tutor para un negocio determinado; excepcion introducida por la necesidad de que no quedase abandonada en estos casos la defensa de los huérfanos.

Curator datus.—Simplificados los procedimientos, olvidado ya el rigor del antiguo derecho, quitados los ritos solemnes judiciarios, y admitida la representacion por procuradores, no existia ya la razon que habia exigido el nombramiento de un tutor: bastaba un curador que velase por los intereses del pupilo en el negocio especial que promovia su nombramiento.

(1) Ley 24, tit. II, lib. XXVI del Dig.
(2) §. 24, tit. XI de sus Reglas.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Apenas hay nada que añadir á las doctrinas de este título: tan conformes son con las de nuestro derecho (1). Solo observaré que los jueces antes de discernir el cargo á los guardadores, teniendo en consideracion la entidad del caudal del menor ó incapacitado y las circunstancias de su persona despues de oir al promotor fiscal, determinan si el desempeño de sus funciones se entiende percibiendo frutos por pensiones, y en otro caso señalan lo que los mismos menores ó incapacitados deben consumir en alimentos y educacion y el tanto por ciento que haya de abonarse á los guardadores (2).

TITULUS XXII.

Quibus modis tutela finitur.

TITULO XXII.

De los modos de terminarse la tutela.

La tutela puede concluirse ó bien por razon del pupilo, ó bien por razon del tutor: en este último caso, mas bien que terminacion, se verifica un cambio de tutela. Hay además algunos modos de finalizarse la tutela comunes á sus diferentes clases, y otros que son peculiares á alguna de ellas. Por último puede considerarse su terminacion ya como efectuándose por el mero ministerio de la ley, ó ya por intervencion del magistrado.

Pupilli, pupillæque, *cum pubères esse* cœperint, tutelà liberantur.

Los pupilos y las pupilas se libertan de la tutela cuando llegan á la pubertad.

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§. 196, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Cum puberes esse.—La pubertad, esto es, la edad en que se reputa á las personas capaces para la reproduccion. Su fijacion es de grande importancia por los efectos que produce: los principales son liberar al pupilo de la tutela, autorizarlo para contraer matrimonio, y habilitarlo para testar.

(1) Título XVI, Part. VI.
(2) Artículo 1261 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Pubertatem autem veteres quidem *non solùm ex annis*, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant (*a*). Nostra autem majestas dignum esse castitati temporum nostrorum benè putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideò, sanctâ constitutione promulgatâ, pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in feminis personis benè positam suo ordine relinquentes, ut *post duodecimum annum* completum viripotentes esse credantur (*b*).

Los antiguos computaban la pubertad en los varones, no solo por los años, sino tambien por su desarrollo corporal (*a*). Mas nuestra majestad ha creido, con razon, digno de la castidad de nuestros tiempos extender con relacion á los varones la reprobacion de la inspeccion corporal, como la habian reprobado los antiguos con respecto á las mujeres. Por lo tanto en una constitucion nuestra hemos establecido que la pubertad empiece en los varones á los catorce años cumplidos, dejando subsistente la regla, bien establecida por la antigüedad, de que las mujeres se reputasen nubiles á los doce años cumplidos (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Puede referirse á Cayo. (§. 196, Com. I de sus Inst.), y á Ulpiano. (§. 28, título XI de sus Reglas.)

(*b*) Esta constitucion es la ley 3, tít. LX, lib. V del Cód.

Comentario.

Non solùm ex annis.—Motivo de censura encuentran algunos jurisconsultos en el presente párrafo, porque Justiniano se propuso combatir una práctica que realmente no existia. Para considerar este asunto bajo su verdadero punto de vista, creó necesario ilustrarlo con algunas noticias históricas, siguiendo á Savigny.

Entre los antiguos romanos los jóvenes, que no eran considerados como púberos, vestian la *pretexta*, que despues cambiaban por la toga viril. Esto era una solemnidad nacional, un acto público que los mas verificaban despues de cumplir los catorce años, el dia 17 de marzo, en que se celebraban las fiestas llamadas *liberalia*. De aquí se infiere que podia haber casi un año de diferencia en la edad de algunos de los individuos, que empezaban á tener desde este dia la consideracion de púberos. Mas si bien antes de los catorce años ninguno vestia la toga viril, esta edad no servia para fijar una regla absoluta; porque el desarrollo físico y moral del individuo y otras circunstancias particulares lo retardaban; muchos son los ejemplos que nos presenta la historia de personas que la tomaron algunos años despues, entre ellas los Emperadores Augusto y Calígula. Así el traje venia á ser un distin-

tivo exterior de la consideracion jurídica de las personas, por lo cual los jurisconsultos algunas veces usan como equivalente á la palabra *pubes* la de *vesticeps* y en lugar de la de *impubes* la de *investis* ó *prætextatus*. El señalamiento del tiempo en que el pupilo debia hacer este cambio de traje dependia de su voluntad y de la del tutor; solo cuando habia entre ellos discordancia debian decidir los tribunales. Mas en este punto estaban discordes las escuelas de los antiguos jurisconsultos (1): los Proculeyanos querian que se decidiese por la edad, base de la antigua costumbre: los Sabinianos pretendian someter la pubertad á un exámen individual, creyendo que esta decision guardaba mayor armonía con la costumbre recibida, porque el exámen individual vendria á dar la misma falta de uniformidad que la desigual voluntad de los ciudadanos: Prisco Javoleno opinaba que debia atenderse simultáneamente á la edad y á la nubilidad, dictámen que venia á ser el mismo de los Sabinianos, los cuales solo admitian el exámen individual despues de los catorce años. Mas tales dudas se ofrecian rara vez en la práctica, porque el cargo de tutor era poco ambicionado, como que solo traia consigo cuidados y responsabilidades: así se explica que antes de las sectas de Próculo y Sabino no se hubiera suscitado esta cuestion, que al anunciarse parece de aplicacion diaria, y que por mucho tiempo se debatiese solo en el campo de las teorías, sin que ni la legislacion ni la práctica vinieran á resolverla. Los mas claros testimonios de la antigüedad prueban suficientemente que en el foro solo se atendia á los años para la fijacion de la pubertad. En tiempo de los Emperadores empezó á usarse dentro de la ciudad, en lugar de la toga, el antiguo traje de viaje llamado *penula*: esto hizo cesar la solemnidad y el distintivo exterior de la pubertad; pero ni antes ni despues existió la práctica de someter á una inspeccion impúdica el exámen de la pubertad. Justiniano, pues, no destruyó una costumbre poco moral, como aqui supone: cambió solo una teoría que nunca habia salido á la arena de la práctica.

Post duodecimum annum.—Menos interesante era en la antigua jurisprudencia la cuestion de pubertad respecto de las mujeres, que respecto de los hombres, porque, sujetas á tutela perpétua, solo reemplazaba á la de edad la del sexo, que muchas veces se confiaba al mismo tutor: tampoco cambiaban de traje al llegar á la pubertad, pues continuaban usando la pretexta hasta que se casaban. Estas consideraciones, y tambien las del pudor que cita Justiniano, fueron sin duda la causa de que ni aun en el terreno de la teoría se debatiese la cuestion que hemos visto suscitada acerca de la pubertad de los varones.

---

(1) §. 28, tit. XI de las Reglas de Ulpiano.

1 Item finitur tutela, *si arrogati sunt* adhuc impuberes, vel *doportati*. Item si *in servitutem* pupillus *redigatur*, vel *ab hostibus* fuerit *captus*.

La tutela concluye tambien si los pupilos antes de la pubertad son arrogados ó deportados, ó reducidos á esclavitud, ó cogidos por los enemigos. 1

ORIGENES.

Copiado de Ulpiano. (Princ. y §§. 1 y 2, de la ley 14 del tít. I, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Si arrogati sunt.—La arrogacion, como se ha dicho, es uno de los modos de constituir la pátria potestad, y esta es incompatible con la tutela. La regla *«el que tiene padre no puede tener tutor»* no admite excepcion alguna.

Deportati.—La deportacion, que como he indicado antes, privaba de la ciudadanía, reducia al que era condenado á ella al estado de peregrino y lo incapacitaba por lo tanto para los actos que eran de derecho civil. Podia tener lugar en los impúberos, porque desde su proximidad á la pubertad se les reputaba capaces de dolo y sujetos á pena (1).

In servitutem redigatur.—El pupilo podia ser reducido á esclavitud en el caso que, habiendo sido antes manumitido, se hubiese manifestado ingrato á su patrono; pero esto no tenia lugar mas que en la proximidad á la pubertad, porque antes, como incapaz de dolo, no estaba sujeto á esta ni á ninguna otra pena. Es claro que el que era reducido á esclavitud no podia tener tutor, porque no era *caput liberum*.

Ab hostibus captus.—Vuelto el pupilo á la ciudad, revivia la tutela por el derecho de postliminio.

2 Sed et si usque *ad certam conditionem* datus sit testamento, æquè evenit, ut desinat esse tutor, existente conditione.

Si alguno ha sido nombrado tutor en testamento hasta cierta condicion, deja igualmente de serlo cuando esta se cumpla. 2

ORIGENES.

Tomado de Ulpiano. (§. 5, ley 14, tít. I, lib, XXVI del Dig.)

Comentario.

Ad certam conditionem.—Este modo de terminarse la tutela es peculiar á la testamentaria, pues que la legítima y la dativa rechazan toda condicion. Adviértase que la condicion se pone aquí como término de la tutela, lo que es muy diferente del caso en que se nom-

---

(1) Ley 111, tít. XVII, lib. I. del Dig.

bra al tutor *sub conditione*, esto es, señalando la verificacion de un acontecimiento incierto, como principio de la recepcion del cargo, pues en este caso realizándose la condicion cesará la tutela dativa para comenzar la testamentaría.

3 Simili modo finitur tutela morte, vel *tutorum* vel pupillorum.

Asímismo se concluye la tutela por la muerte de los pupilos ó de los tutores. 3

ORIGENES.

Tomado de Paulo. (Princ. de la ley 4, tít. III, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Tutorum.—El cargo de tutor no pasa á los herederos. En el caso de que por la muerte del tutor su heredero fuese llamado, como pariente mas próximo, á la tutela, esto provendria de un derecho propio; no de representacion del que habia precedido.

4 Sed et capitis-deminutione tutoris *per quam libertas*, *vel civitas* ejus amittitur, omnis tutela perit. *Minimâ* autem *capitis-deminutione* tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit; ceteræ non pereunt (*a*). Sed pupilli et pupillæ capitis-deminutio, *licèt minima* sit, omnes tutelas tollit (*b*).

Por la capitis-diminucion del tutor, en virtud de la que pierde la libertad, ó la ciudadanía, concluye toda tutela. Por la capitis-diminucion mínima del tutor, como si es dado en adopcion, solo perece la tutela legítima, no las demás (*a*). Pero la capitis-diminucion del pupilo ó de la pupila, aunque sea la mínima, destruye todas las tutelas (*b*). 4

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (Princ. de la ley 7, tít. V, lib. IV del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (Ley 14, tít. I, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Per quam libertas vel civitas.—Solo eran aptos para los cargos públicos los que gozaban de la libertad romana; y así los que la perdian, perdian tambien la tutela.

Minimâ capitis-deminutione.—En los negocios públicos el hijo de familia era considerado como padre de familia: por lo tanto su condicion de jefe ó súbdito de la sociedad doméstica era indiferente. Mas como la tutela legítima se fundaba solo en el vínculo civil de la familia, y este se perdia por la emancipacion y por la arrogacion, es claro que roto el vínculo de la agnacion debia cesar la tutela, que quedaba sin base. De esto se infiere que el texto únicamente habla de la tutela de los agnados, pues no es extensiva su razon á la de los patronos. La igualacion de los agnados y cognados vino á hacer inútil esta doctrina.

Licèt minima.—Reducido el pupilo por la capitis-diminucion mínima al estado de hijo de familia, deja de estar en tutela, porque ya no es *sui juris*: esta doctrina es la misma que se indicó al explicar el párrafo primero de este título.

5 Præterea qui *ad certum tempus* testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam.

Los que son nombrados tutores en testamento hasta cierto tiempo, concluido este, dejan la tutela. 5

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 3 de la ley 14, tít. I, lib. XXVI del Dig.).

Comentario.

Ad certum tempus.—Aplicable es á este texto lo que se ha dicho al comentar el segundo, hablando de la condicion.

6 Desinunt autem esse tutores, qui vel removentur à tutelâ ob id, quod suspecti visi sunt, vel ex justâ causâ sese excusant, et onus administrandæ tutelæ deponunt, secundùm ea, quæ inferius proponemus.

Dejan tambien de ser tutores los que son removidos de la tutela como sospechosos, y los que, excusándose por una justa causa, deponen el cargo de la administracion, conforme á lo que mas adelante manifestaremos. 6

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 23, tít. XI de sus Reglas.)

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestras leyes (1) establecen las mismas doctrinas que las romanas.

TITULUS XXIII.

De curatoribus.

TITULO XXIII.

De los curadores.

Así como por la tutela se provee á la proteccion de los huérfanos, que siendo impúberos no pueden mirar por sí mismos; los que por otras causas están imposibilitados de prestar á sus negocios la séria

---

(1) Ley 21, tít. XVI, Part. VI.

atencion que requieren, hallan en la curaduría un medio preventivo para evitar los daños que de otro modo sufririan. El Emperador que definió antes la tutela no define aquí la curaduría: creo conveniente suplir su silencio, á fin de que pueda con mas facilidad comprenderse la doctrina de este título. Curaduría es *la potestad de administrar los bienes de los que por cualquier causa no pueden hacerlo suficientemente.* De esta definicion se infiere que el objeto primario de la curaduría son los bienes, á diferencia de la tutela, en que lo es la persona. Como la incapacidad para manejar los bienes puede provenir ó bien de la falta de madurez de edad, ó bien de una incapacidad física ó moral, hay dos clases de curaduría, que reciben los nombres de *dativa* y *legítima.* Mas antes de seguir adelante haré algunas indicaciones acerca del orígen de la curaduría entre los romanos.

Las leyes de las Doce Tablas llamaban á los agnados á la curaduría del furioso y del pródigo (1); nada decian acerca de los que, habiendo tomado la toga viril, adquirian la administracion de sus bienes. Muy pronto se tocaron los peligros de esta libertad absoluta: el aumento de las riquezas, la extension del lujo, la corrupcion de las costumbres y la complicacion de las relaciones sociales hicieron conocer que las leyes antiguas, tan conformes en este punto con la sencillez y moralidad de la época en que se dieron, no guardaban armonía con el estado nuevo de las cosas. Así es que sucesivamente fueron introduciéndose garantías á favor de los menores, hasta llegar á constituirse la curaduría de un modo definitivo.

A mitad del siglo VI de la fundacion de Roma la ley *Lætoria, Lectoria* ó *Plætoria,* pues que no se sabe de un modo incontestable su verdadero nombre, estableció la mayor edad á los veinte y cinco años, por lo que Plauto da á la ley expresada el nombre de *quinavicenaria*: desde entonces se trasladó á esta edad la denominacion de *legítima* aplicada antes á la pubertad. No solo no ha llegado á nosotros el texto íntegro de lo determinado por la ley *Plætoria,* sino que ni aun conocemos su principal objeto; pero por lo que de ella sabemos se infiere que concedia una proteccion indirecta á los menores, autorizando acusacion criminal contra el que abusase de su inexperiencia. El edicto del pretor vino despues á otorgarles una proteccion mas directa y eficaz, estableciendo el principio general de la restitucion en todos los actos en que fueran perjudicados. Por último, el Emperador Marco Aurelio dió á los menores de edad curadores encargados de velar por sus intereses.

(1) §. 2, tít. XII de las Reglas de Ulpiano.

Masculi puberes et feminæ viripotentes, *usque ad vicesimum quintum* annum completum curatores accipiunt; qui, licèt puberes sint, adhuc tamen *hujus ætatis sunt*, ut negotia sua tueri non possunt (*a*).
1 Dantur autem curatores *ab iisdem magistratibus*, à quibus et tutores (*b*). Sed curator *testamento non datur*, sed datus *confirmatur* decreto
2 prætoris vel præsidis (*c*). Item *inviti adolescentes* curatores non accipiunt (*d*), præterquam in litem: curator enim et *ad certam causam* dari potest (*e*).

Los varones y las hembras desde la pubertad hasta los veinte y cinco años cumplidos reciben curadores; porque, aunque púberos, se hallan aun en una edad en que no pueden defender sus propios intereses (*a*). Los curadores son nombra- 1
dos por los mismos magistrados que dan los tutores (*b*). No lo son en testamento, pero el nombrado en él, es confirmado por decreto del pretor ó del presidente (*c*). Los jóvenes no re- 2
ciben curadores contra su voluntad (*d*), á no ser que sea para un pleito, pues que el curador puede ser dado para cierta causa (*e*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 4, tít. XII de sus Reglas.)
(*b*) Conforme con Cayo. (§. 198, Com. I de sus Inst.)
(*c*) Conforme con Modestino. (§. 3, ley 1, tít. III, lib. XXVI del Dig.)
(*d*) Conforme con Modestino. (§. 4, ley 2, tít. VI, lib. XXVI del Dig.)
(*e*) Conforme con Ulpiano. (Ley 8, tít. VI, lib. XLVI del Dig.)

Comentario.

Usque ad vicesimum quintum.—La mayor edad empieza al mismo tiempo en los varones que en las hembras, á pesar de que, como se ha visto, la pubertad llega antes para estas que para aquellos. La diferencia consiste en que la pubertad sigue la regla del desenvolvimiento corporal, pues púberos son los hábiles para la reproduccion, al paso que la mayor edad tiene por objeto separar de la época de madurez la inexperiencia de la juventud. Esta inexperiencia es tanto ó mas de temer en la mujer, ya por la debilidad de su sexo, ya por el sistema de su educacion, ya por su abstraccion de los negocios, motivos porque antiguamente estaban bajo perpétua tutela. Sin embargo, las mujeres podian obtener dispensa de edad para manejar sus intereses á los diez y ocho años, y los varones solo á los veinte (1): el exámen particular de la capacidad en cada caso hacia que no hubiere inconveniente en esta desigualdad.

Hujus ætatis sunt.—El desarrollo intelectual del hombre es mas lento que el físico; hé aquí la principal razon para que despues de la

(1) Ley 2, tít. XLV, lib. II del Cód.

pubertad haya todavía una autoridad contínuamente vigilante sobre los intereses de los jóvenes. El remedio de la restitucion *in integrum* no es tan eficaz como este, pues mucho mejor es precaver los daños que tratar de su remedio.

Ab iisdem magistratibus.—Estos eran, segun se dijo anteriormente, en Roma el prefecto de la ciudad ó el pretor; en las provincias los presidentes ó los magistrados municipales. De aquí dimana que á la curaduría de los menores se dé el nombre de *dativa.*

Testamento non datur.—Para conocer el motivo de esta disposicion basta considerar que solo recibian curadores los jóvenes que los pedian.

Confirmatur.—Bien sea dado por el padre, y entonces debia ser confirmado sin investigacion (1), ó bien por la madre, en cuyo caso esta no se omitia (2).

Inviti adolescentes.—Como ya queda dicho, el derecho consideraba á las personas que habian llegado á la pubertad capaces de atender á sus intereses: por esto daba curadores solo á los que, conociendo su debilidad y su inexperiencia, los pedian. Así concilian los intérpretes la apariencia de contradiccion que hay entre los textos, en que ya se habla de los catorce años como edad de madurez, y ya como edad de imprevision. Necesario es para la mejor inteligencia de esto añadir algunas observaciones á las históricas con que se ha encabezado este título. Establecida primitivamente la curaduría para proteccion de los furiosos y de los pródigos, solo en concepto de tales podia otorgarse á los menores. Estar despues de la pubertad sujeto á curador era una nota denigrante, porque suponia que habia precedido conocimiento de causa para probar su incapacidad. Así es que los menores repugnaban la curaduría, hasta que los pretores establecieron en sus edictos que sin conocimiento de causa, y solo en virtud de la menor edad, proveerian de curadores á los que los pidieran, lo que despues se estableció como regla general por Marco Aurelio. Quedó sin embargo subsistente el antiguo principio, y solo se daba curadores á los menores que lo solicitaban por sí ó por medio de procurador (3). Para excitar á esto, el tutor estaba obligado, al finalizar su cargo, á amonestarlos que pidieran curador (4).

Mas esta regla no era inflexible, porque habia casos en que los jóvenes, á pesar suyo, se veian compelidos á recibir curadores. Así su-

(1) Ley 6, tít. III, lib. XXVI del Dig.
(2) Ley 2, tít. III, lib. XXVI, del Dig.
(3) §. 4, ley 2, tít. IV, lib. XXVI del Dig.
(4) §. 5, ley 5, tít. VII, lib. XXVI del Dig.

cedia para tomar las cuentas de la tutela (1), para sostener pleitos, para recibir pagos (2): el tutor, el colitigante ó el deudor podian exigir entonces que se proveyese al menor de un curador, el cual alejara la sospecha de que pudieran abusar de su inexperiencia: como en tales casos las cuentas de la tutela y el pago producian ordinariamente una contestacion, el texto comprende estas tres excepciones por las palabras *præterquam in litem*. De este modo frecuentemente se veian los menores obligados á solicitar que se les dieran curadores, y aun hay una constitucion en el Código (3) que autoriza al que ha sido tutor á pedir curador para el juicio de tutela. Es claro que en los casos referidos, como el curador estaba dado para un negocio especial, á este se limitaban sus funciones.

Infiérese de lo dicho que por regla general los menores podian manejar sus bienes sin necesidad de tener un curador; que entonces estaban autorizados para todos los actos de administracion, para obligarse y para enajenar los bienes respecto de los que no tenian prohibicion especial; que si pedian curador quedaban sujetos á él hasta la edad de los veinte y cinco años, y que este debia prestar su consentimiento, *consensus*, en todos los actos en que se obligaban, para que fuesen valederos: las obligaciones en que el curador no intervenia eran nulas, opinion que sigo con Donneau, Noodt, Vinnio, Du Caurroy y Mühlenbruch, por parecerme mas fundada que la de Vangerow, segun el cual la obligacion es válida, pero está sujeta á rescision. Los que querian libertarse de la curaduría antes de llegar á la mayor edad, pero habiendo cumplido la que antes se ha expresado, necesitaban obtener habilitacion del príncipe, la cual solo se concedia á los que probaban su aptitud (4). Pero ni los que tenian curador, aunque este consintiese, ni los que conseguian dispensa de edad podian válidamente enajenar ó hipotecar sus bienes inmuebles (5), ni hacer donaciones (6): precaucion adoptada para que en la minoría no quedaran arruinados.

Ad certam causam.—Quedan expuestos ya algunos casos especiales en que el menor debia recibir curador. Esta es una diferencia esencial entre la tutela y curaduría: la tutela, como que tenia por principal objeto la direccion del huérfano, no podia darse para un negocio especial; al contrario la curaduría, que inmediatamente se refiere á la proteccion de los intereses y secundariamente á la persona.

---

(1) Ley 7, tít. XXXI, lib. V del Cód.
(2) § 2 de la ley 7, tít. IV, lib. IV del Dig.
(3) Ley 7, tít. XXXI, lib. V.
(4) Ley 2, tít. XLV, lib. II del Cód.
(5) §. 1 de la ley 2, tít. XLV, lib. II; y tít. LXXI, lib. V del Cód.
(6) §. 12 de la ley 39, tít. VII, lib. XXVI del Dig.

3 Furiosi quoquè et prodigi, *licèt majores* vigintiquinque annis sint, tamen *in curatione* sunt *agnatorum* ex lege duodecim tabularum. *Sed solent* Romæ præfectus urbi, vel prætor, et in provinciis præsides ex inquisitione eis dare curatores.

Los furiosos y los pródigos, aunque sean mayores de veinte y cinco años, están por la ley de las Doce tablas bajo la curaduría de sus agnados; pero el prefecto de la ciudad ó el pretor en Roma, y en las provincias los presidentes, suelen nombrarles curadores con investigacion. 3

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§§. 2 y 3, tít. XII de sus Reg.)

Comentario.

Furiosi et prodigi.—La acepcion de las palabras *furioso* y *pródigo* estaba muy limitada por la ley de las Doce Tablas. La primera solo comprendia la locura exaltada hasta la furia, y la segunda la disipacion de los bienes paternos ó de abolengo habidos por la sucesion intestada de los ascendientes: así es que en los demás casos de disipacion el pretor hacia extensivo el nombramiento de curadores á personas á quienes la ley no proveia de esta direccion (1). Habia, sin embargo, una diferencia entre los furiosos y los pródigos, pues para que los últimos recibiesen curador necesitaba preceder conocimiento de causa y sentencia del magistrado, quitándoles la administracion de sus bienes á instancia de sus parientes, siendo tambien la autoridad judicial la que los reponia en ella, cuando cesaba la prodigalidad: lo contrario sucedia en los furiosos. La razon de diferencia es porque la furia por sí misma aparecia, y no estaba sujeta á las interpretaciones violentas que la prodigalidad: de este modo se evitaba que, á título de pródigo, con pretextos infundados se despojara de la libre disposicion de sus bienes al que hacia de ellos un uso prudente. Pero en los casos de estar alguno sujeto á curaduria, como furioso ó como pródigo, no debia intervenir en los negocios asistido por su curador, sino que este le reemplazaba como mandatario, y administraba por el incapacitado.

Licèt majores.—Con mayor razon siendo menores de edad; mas en este caso no se les dará curador como á furiosos ó como á pródigos, sino como á menores.

In curatione agnatorum.—Los furiosos y los pródigos no podian testar; por cuya razon eran llamados á su curaduria los agnados, pues que aquí es aplicable el mismo principio que se ha expuesto al tratar

(1) §. 4, tít. XII de las Reglas de Ulpiano.

de la tutela, á saber: que este cargo debia corresponder al que esperaba la sucesion. Por esto se llamaba *legítima* esta curaduría. La igualacion de los agnados y cognados alteró la doctrina del texto.

Sed solent.—Cuando no habia agnados, ó cuando el mas próximo estaba incapacitado para ser curador, la curaduría dativa reemplazaba á la legítima. Tambien se daba curador por el magistrado á todos aquellos, cuya incapacidad, no comprendida en el texto literal de la ley de las Doce Tablas, lo estaba en la interpretacion extensiva que le dieron los pretores.

4 Sed et *mente-captis* et surdis et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

Tambien debe darse curadores á los mente-captos, á los sordos, á los mudos y á los que tienen una enfermedad perpétua, de modo que no puedan atender á sus negocios. 4

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (Princ. de la ley 12, tít. V, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Mente-captis.—Es decir, no solo la enajenacion mental, que enfurece al hombre, le sujeta á la curaduría, sino tambien la que le reduce al estado de estupidez, ó le priva de la razon en términos que no puede mirar por sus intereses. Mas tanto la locura de que habla este texto, como la del anterior, puede tener lúcidos intervalos. Los jurisconsultos antiguos disputaban acerca de si en cada uno de estos intervalos debia considerarse como terminada la curaduría, empezando de nuevo cuando volviese la locura. Justiniano decidió esta cuestion declarando que la curaduría continuaba, pero que en los intervalos de razon los que estaban sujetos á ella podian obrar por si mismos sin necesidad del curador (1).

5 Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quia *habenti tutorem* tutor dari non potest (*a*). Item si testamento datus tutor, vel à prætore, vel à præside, idoneus non sit ad administrationem, *nec tamen fraudulenter* negotia administret, solet ei curator adjungi. Item in locum tutorum, qui non in

Algunas veces los pupilos reciben curadores, como cuando el tutor legítimo no es idóneo; porque no se puede dar otro tutor al que ya tiene uno (*a*). Asímismo cuando el tutor dado en testamento, ó nombrado por el pretor ó por el presidente, no es apto para la administracion, pero tampoco obra con fraude en los intereses del pupilo, suele agregársele 5

(1) Ley 6, tít. LXX, lib. V del Cód.

perpetuum, sed *ad tempus* à tutelâ excusantur, solent curatores dari (*b*).

un curador. Igualmente se dan curadores en lugar de los tutores, que no se excusan de su cargo para siempre, sino solo temporalmente (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Trifonino. (Ley 27, tít. II, lib. XXVI del Dig.)
(*b*) Conforme con Pomponio. (Ley 13, tit. I, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Habenti tutorem.—Siendo la tutela una autoridad para proteger principalmente la persona del huérfano, repugnaba toda duplicidad, sin haber por esto inconveniente para que simultáneamente fueran varios llamados á la tutela, como antes queda manifestado. Mas la regla de que al que ya tenia tutor no se debia dar otro, no fué siempre absoluta, pues como hemos visto en el §. 3 del título XXI de este Libro, antiguamente cuando habia un pleito entre el tutor y pupilo se nombraba otro tutor especialmente encargado de defender á este.

Nec tamen fraudulenter.—Porque cuando mediaba fraude habia lugar á la remocion del tutor, y no á la doctrina de este texto.

Ad tempus.—Por ejemplo, si el tutor se ausentaba por causa de la república. Cuando la excusa era perpétua se nombraba un nuevo tutor.

6 Quodsi tutor adversâ valetudine, vel aliâ necessitate impeditur, quo minùs negotia pupilli administrare possit, et pupillus *vel absit, vel infans sit*, quem velit *actorem, periculo ipsius*, prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.

Mas si acaeciese que el tutor, por el mal estado de su salud, ó por otra causa inevitable, no pudiese administrar los negocios del pupilo que estuviere ausente, ó en la infancia, el pretor ó el presidente de la provincia constituirá por actor á la persona que el tutor bajo su responsabilidad elija. 6

ORIGENES.

Conforme con Paulo. (Princ. de la ley 24, tít. VII, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Vel absit, vel infans sit.—Cuando el pupilo estaba presente, y no tenia el discernimiento necesario para conocer el acto en que intervenia, no era necesaria ninguna regla especial: porque, con la autoridad de su tutor, podia nombrar un procurador que le representara (1).

---

(1) Ley única del tít. LXI del lib. V del Cód.

Actorem.—El pupilo, segun se ha dicho, solo podia tener intervencion en algunos actos jurídicos cuando era mayor de la infancia: mientras se hallaba en esta edad todo lo tenia que hacer el tutor; pero á este no se admitia á la participacion de algunos actos que exigian el concurso del mismo interesado. Uno de estos actos era el nombramiento de procurador, el cual debia ser constituido por la persona á quien representara (1). Si el pupilo mayor de la infancia estaba ausente, tampoco podia tener procurador, porque como antes se ha dicho, el tutor debia estar presente é interponer su autoridad en el mismo acto para que fuera válido. Para suplir esto, se estableció que el tutor obtuviese del magistrado la facultad de sustituir en su lugar, por su cuenta y riesgo, á otro que se llamaba *actor* ó *adjutor* (2). Lo mismo sucedia con el curador (3).

Periculo ipsius.—El tutor no responde por el curador que se le agrega. La razon de esta diferencia es que en el caso del texto hay eleccion por su parte, y no así en el nombramiento de curador, en el que no tenia intervencion para la designacion de la persona.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestras leyes, aunque en lo general acordes sustancialmente con las romanas en punto á la curaduría (4), no dejan de presentar alguna diferencia interesante. Así toda curaduría en España es dativa ó judicial, de modo que aun en el caso de que el padre hubiere designado curador, solo deberá confirmarlo el juez si lo creyere conveniente al menor ó al incapacitado. Tambien entre nosotros se concede, á los menores que lo solicitan, dispensa de edad para manejar sus intereses, lo cual se hace por el rey en virtud de motivos justos y razonables, probados debidamente (5).

TITULUS XXIV.	TITULO XXIV.
De satisdatione tutorum vel curatorum.	**De la fianza de los tutores ó curadores.**

Los títulos anteriores hablan separadamente de los cargos de tutor y curador, y comprenden en la mayor parte doctrinas especiales

(1) Ley 1, tít. III, lib. III del Dig.
(2) Ley 24, tít. VII, y ley 13, tít. I del lib. XXVI del Dig.
(3) Ley única, tít. LXI, lib. V del Cód.
(4) Ley 13, tít. XVI, Part. III.
(5) Ley de 14 de abril de 1838.

á cada uno de ellos: lo que resta de este Libro se refiere á reglas comunes á la tutela y á la curaduría.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum, qui quæve in curatione sunt, negotia à tutoribus curatoribusve consumantur, aut deminuantur, curat prætor, ut et tutores et curatores eo nomine *satisdent*. Sed *hoc non est perpetuum*. Nam tutores *testamento dati* satisdare non coguntur, quia *fides* eorum et diligentia *ab ipso testatore probata* est; item *ex inquisitione* tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.

Para impedir que los bienes de aquellos que están en tutela ó curaduría se consuman ó menoscaben por los tutores ó curadores, debe cuidar el pretor de que den fianza. Esta regla no es inflexible, pues que los tutores testamentarios no están comprendidos en tal obligacion, porque su fidelidad y diligencia ha sido reconocida por el testador. Tampoco los tutores y curadores elegidos en virtud de investigacion están obligados á afianzar, pues que han sido nombrados en virtud de su idoneidad.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§§. 199 y 200. Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Satisdent.—La palabra *satisdare*, afianzar, no tiene siempre la misma extension: tomada en su sentido mas lato comprende toda clase de cauciones; en esta acepcion afianzan tanto los que aseguran el cumplimiento de una obligacion con fiadores, como los que lo hacen con prendas, con juramento ó solo con promesa (1): en sentido menos lato comprende solo los fiadores y las prendas: por último, en sentido estricto se concreta á la caucion con fiadores (2), y tal es su significacion en el texto que comento. Dos razones poderosas habia para exigir esta clase de caucion: la primera, porque pertenecia á las pretorias, pues que se hacia por órden del magistrado, y por lo tanto, como las demás de su clase, debia darse con fiadores (3): la segunda, porque ignorándose en cuánto podian ser perjudicados el pupilo ó el menor, si se admitieran prendas, habia el peligro de que no bastasen á satisfacer el descubierto, por lo cual solo eran aceptables cuando se trataba de cosa ó de cantidad cierta (4).

Infiérese de lo dicho que el tutor ó curador y sus fiadores se obligaban por medio de una estipulacion á garantir y á indemnizar al pu-

(1) Ley 49, tit. III del lib XLVI; y ley 61, tit. XVI, lib. L del Dig.
(2) Ley 1, tit. VIII del lib. II del Dig.
(3) Ley 7, tit. V, lib. XLVI del Dig.
(4) §. 9 de la ley 1, tit. VI, lib. XXXVII del Dig.

pilo ó menor: *rem pupilli salvam fore.* En el caso de que el pupilo mayor de la infancia ó el menor estuviesen presentes, ellos eran los que debian estipular, porque como dice Cayo (1), aunque el pupilo no conozca la extension del acto, sin embargo ha prevalecido en su bien esta doctrina. Cuando el pupilo estaba en la infancia, ó cuando este ó el menor se hallaban ausentes, uno de sus esclavos debia estipular por ellos, porque todo lo que el esclavo adquiria era para su dueño: si no tenian esclavos debia comprárseles uno, y si no habia proporcion para esto, por falta de dinero ó por otra causa, estipulaba en nombre del pupilo un esclavo público (2), ó una persona designada por el magistrado (3), doctrina que á pesar del rigor del derecho habia prevalecido en beneficio de los huérfanos.

Hoc non est perpetuum.—Con razon dice esto el Emperador, porque las excepciones comprenden mas que la regla general.

Testamento dati.—La regla que exime de afianzar á los tutores testamentarios no es aplicable al caso de que los intereses del tutor electo hubieren tenido grande quebranto, al de que se le hubiesen descubierto cualidades poco ventajosas desconocidas antes, ó al de que se hubieran suscitado enemistades capitales con el padre (4). Es indiferente para los efectos de este título que el curador ó tutor nombrado necesiten ó no confirmacion, con tal que sean de eleccion del ascendiente (5).

Fides ab ipso testatore probata.—El padre, al nombrar la persona que le ha de reemplazar en sus cuidados, es el que ofrece mas garantía de acierto en la eleccion por el conocimiento que tiene de las necesidades de la familia y de las cualidades del elegido, y por su amor á la descendencia.

Ex inquisitione.—La investigacion de las circunstancias del guardador hace superflua la fianza. De aquí se infiere que no estaban sujetos á esta los tutores y curadores nombrados por los magistrados superiores, sino únicamente los que lo eran por los municipales.

Quedaban por lo tanto obligados á afianzar solo los tutores y curadores legítimos y los dados por los magistrados inferiores. Mas aun entre los legítimos la regla no carecia de excepciones: así es que el patrono y sus hijos no debian ser compelidos á afianzar, cuando eran personas honradas (6). No se encuentra disposicion alguna expresa para que los padres no estuvieran obligados á afianzar, cuando eran

(1) Ley 6, tít. VI, lib. XLVI del Dig.
(2) Ley 2, tít. VI, lib. XLVI del Dig.
(3) Ley 3, tít. VI, lib. XLVI del Dig.
(4) Ley 8, tít. III, lib. XXVI del Dig.
(5) Ley 3, tít. III, lib. XXVI del Dig.
(6) §. 1, ley 5, tít. IV, lib. XXVI del Dig.

tutores de sus hijos; pero no parece probable que dejasen de gozar de una exencion, que podian trasmitir á otros, nombrándolos tutores en testamento.

1 Sed et, si *ex testamento vel inquisitione* duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis, et contutori vel concuratori præferri, ut solus administret, vel ut contutor satis offerens præponatur ei, et ipse solus administret. Itaque per se *non potest petere* satis à contutore, vel concuratore suo; sed offerre debet, ut electionem det contutori suo, utrum velit satis accipere, an satis dare (*a*). Quodsi nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit à testatore, quis gerat, ille gerere debet; quodsi non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet: ut edicto prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, prætor partes suas *interponere debet* (*b*). Idem et in pluribus ex inquisitione datis probandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fieret (*c*).

Mas en el caso de que dos ó mas tutores hayan sido dados en testamento ó en virtud de investigacion, puede uno ofrecer fianza por la indemnidad del pupilo ó del menor con objeto de ser preferido á su contutor ó concurador para administrar solo, ó de obligarle á afianzar del mismo modo, si quiere ser preferido y encargarse de la administracion. Así él no puede exigir fianza á su contutor, sino solo ofrecerle la eleccion entre recibirla ó darla (*a*). Si ninguno de ellos ofrece la fianza, administrará la tutela aquel que hubiese sido designado por el testador. Si no existiese esta designacion, administrará el elegido por la mayor parte, como se previene por el edicto del pretor. Si los tutores mismos no están acordes acerca de la eleccion de la persona que deba administrar, el pretor debe interponer su oficio (*b*). Esto tiene lugar tambien cuando han sido nombrados muchos tutores en virtud de investigacion, en cuyo caso igualmente la mayor parte podrá elegir al que deba encargarse de la administracion (*c*). 1

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial de la ley 17, tít. XXIV, lib. XXVI del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§§. 1, 7, 8 y 9 de la ley 3, tít. VII, lib. XXVI del Dig.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§. 1, de la ley 19, tít. II, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Ex testamento vel inquisitione.—Puede considerarse esta doctrina como excepcion de la contenida en el texto que antecede: su exposicion es tan clara, que no necesita explicaciones. Fúndase en la ventaja que debe resultar de la unidad de la administracion, de la seguridad del huérfano, y de la indemnidad de los que no administran. Los demás tutores eran comunmente llamados *honorarios* y venian á ser una es-

pecie de vigilantes de los intereses del huérfano, *quasi observatores et custodes*, en cuyo concepto no estaban exentos de responsabilidad si no bastaban los bienes del encargado de la administracion á satisfacer sus descubiertos (1).

Non potest petere.—La facultad del tutor ó curador se limita á proponer á sus adjuntos que reciban ó den la fianza. No era obstáculo para esto el principio de que uno no puede estipular para otro; porque aquí el guardador no estipulaba solo en beneficio del pupilo sino en el propio, pues que él estaba interesado en el buen desempeño de la administracion de que subsidiariamente era responsable, y sus bienes, como los de todos los guardadores, se hallaban tácitamente hipotecados para la indemnidad del pupilo ó del menor.

Interponere debet.—La doctrina del texto no tiene lugar en aquellos casos en que los tutores no se conforman con que administre el nombrado por el pretor: entonces lo harán todos, y la responsabilidad será comun (2). En otras ocasiones se divide la administracion entre los guardadores, ó bien en virtud de disposicion del testador, ó bien porque el magistrado, á propuesta de aquellos, lo juzgue conveniente. Esta division se hace en razon de la diversa clase de bienes, ó de los paises en que se hallan situados, *in partes vel in regiones*. Cuando se verifica así, cada guardador administra su parte; la responsabilidad de la administracion se divide entonces igualmente, y cada uno de los tutores solo ejerce sobre los demás la vigilancia de que antes he hablado (3).

2 Sciendum est autem, non solùm *tutores vel curatores* pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri; sed etiam in eos, qui satisdationes accipiunt, *subsidiariam actionem* esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio datur in eos, qui vel omninò à tutoribus vel curatoribus satisdare non curaverint, aut non idoneè passi essent caveri (*a*). Quæ quidem tam ex prudentium responsis, quàm ex constitutionibus imperialibus et *in hæredes* eorum
3 extenditur; quibus constitutionibus

Debe advertirse que no solamente quedan obligados los tutores ó curadores á los pupilos, á los adultos y á las demás personas, por su administracion, sino que existe una accion subsidiaria contra aquellos que reciben la fianza, la cual puede ser un último recurso. La accion subsidiaria se da contra los que descuidaron absolutamente exigir las fianzas de los tutores ó curadores, ó admitieron las que no eran abonadas (*a*): esta accion, tanto segun las respuestas de los jurisconsultos, como segun las constituciones impe- 2

(1) §. 2 de la ley 3, tít. VII, lib. XXVI del Dig.
(2) §. 8 de la ley 3, tít. VII, lib. XXVI; y §. 11 y siguientes de la ley 1, tít. III, lib. XXVII del Dig.
(3) §. 9, ley 3, y ley 4 del tít. VII, lib. XXVI del Dig.; y ley 2, tít. LII, lib. V del Cód.

et illud exprimitur, ut, nisi caveant tutores vel curatores, *pignoribus*
4 *captis* coërceantur (*b*). Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præses provinciæ, *neque quis alius*, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur (*c*); sed hi tantummodo, qui satisdationem exigere solent (*d*).

riales, es extensiva contra los herederos. En estas mismas consti- 3
tuciones se previene expresamente que si los tutores ó curadores no dan fianzas se les compela á ello tomándoles prendas (*b*). Ni el pre- 4
fecto de la ciudad, ni el pretor, ni el presidente de la provincia, ni ningun otro, que tiene el derecho de nombrar tutores está sujeto á esta accion (*c*), sino tan solo aquellos que, segun la práctica, exigen la fianza (*d*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. inic. de la ley 1, tít. VIII, lib. XXVII del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (Leyes 4 y 6, tít. VII, lib. XXVI del Dig.)
(*c*) Copiado de Ulpiano. (§. 1, ley 1, tít. VIII, lib. XXVII del Dig.)
(*d*) Conforme con Ulpiano. (§. 2 de la misma ley.)

Comentario.

Tutores vel curatores.—Diferentes eran las acciones que nacian de la tutela y curaduría; creo este el lugar mas oportuno para indicarlas. La primera es la accion *directa* de tutela, llamada tambien *judicium* y *arbitrium tutelæ*: esta era la que, concluida la tutela, competia al pupilo y á sus herederos contra el tutor y sus herederos, para que se les dieran cuentas de su administracion. Por esta accion el tutor responde, no solo de los fraudes, sino de las faltas ocasionadas por negligencia (1). La mala fé del tutor se castigaba con la infamia (2).

La segunda accion es la *contraria* de tutela; compete, concluida esta, al tutor y á sus herederos contra el pupilo y sus herederos, para ser indemnizado de todas las anticipaciones que haya hecho y de todas las obligaciones que por él haya contraido (3). En el tratado de los contratos y cuasi-contratos podrá observarse que esta doctrina es conforme á la general de las acciones directas y contrarias que producian.

La tercera accion, la *ex estipulatu*, competia al pupilo y á sus herederos contra el fiador del tutor y sus herederos, en el caso de que el tutor no pudiese pagar lo que debia.

(1) §§. 16 y 17 de la ley 1, y ley 4, tít. III, lib. XXVII del Dig.; y ley 2, tít. LI, lib. V del Código.
(2) Ley 1, tít. II, lib. III del Dig.
(3) §. 3 de la ley 4, y 1 de la 16, tít. III, lib. XXVII del Dig.

La cuarta accion es la *subsidiaria*, de que habla el texto, y que esplicaré en este mismo comentario.

La quinta, la de *distrahendis rationibus*, competia, concluida tambien la tutela, al pupilo y á sus herederos contra el tutor que habia causado sustracciones en el patrimonio que se le confió; su objeto era imponerle la nota de infamia y hacerle restituir el duplo de lo defraudado. Esta accion que, como penal, no tenia lugar contra los herederos, no podia concurrir con la de tutela (1).

La curaduría producia inmediatamente la accion *útil* de tutela, llamada así porque no dimanaba de las mismas palabras de la ley, sino de su interpretacion. Competia al menor y sus herederos contra el curador y sus herederos, para que los últimos diesen cuenta y restituyesen lo que correspondia á los primeros. El curador tenia la accion útil contraria para indemnizarse de sus gastos y anticipaciones (2). No es de este lugar explicar la teoría de las acciones *directas* y *útiles*, y de las *directas* y *contrarias*: omito por lo tanto dar mayores explanaciones, que, colocadas poco oportunamente, confundirian mas que ilustrarian la materia: advertiré solo que la frase *accion directa* tiene dos diferentes acepciones, oponiéndose ya á la accion *útil* y ya á la *contraria*.

De la curaduría nacen del mismo modo que de la tutela las acciones *subsidiaria* y *ex estipulatu*.

Réstame advertir que, además de las expresadas acciones, hay otra para remover de la administracion á los tutores ó curadores sospechosos; pero como las Instituciones consagran un título especial á esta materia, me limito aquí á hacer esta mera indicacion.

Subsidiariam actionem.—Llámase *subsidiaria* esta accion, porque es el último recurso que queda al pupilo ó al menor para indemnizarse de los perjuicios que les ocasionó la negligencia del magistrado ó del encargado de recibir la fianza. La accion *subsidiaria*, por lo tanto, solo tenia lugar despues de conocida la insolvencia de los tutores y fiadores, y de vendidos sus bienes. Era indiferente que se hubiera dejado de recibir el fiador, ó que no fuera abonado el que habia sido admitido.

In hæredes.—Esto se limita al caso en que el magistrado ó el encargado de dar la fianza haya obrado con dolo, ó al menos con una negligencia tal que se aproxime á él (3).

Pignorisbus captis.—Esto era solo un medio de apremiarlos á que cumplieran con el cargo público que les estaba conferido.

Neque quis alius.—Estas palabras eran exactas en tiempo de Ulpia-

(1) §§. 19, 20, 21, 22, 23 y 24 de la ley 1, y ley 2, tit. III, lib. XXVII del Dig.
(2) §. 2, ley 1, tit. IV, lib. XXVII del Dig.
(3) Ley 6, tit. VIII, lib. XXVII del Dig.

no, de quien se tomaron, porque entonces los magistrados municipales no tenian el derecho de nombrar tutores, y solo podian hacerlo por delegacion del presidente de la provincia. Justiniano al adoptarlas debió acomodarse á la variacion que él mismo habia hecho. El principio del texto es que está sujeto á la accion subsidiaria, no el que da el tutor, sino el que debe recibír la fianza; y como esta fianza ó se recibia por los magistrados municipales (1), ó por otros oficiales públicos, á manera de los notarios, llamados *tabularii* ó *scribæ* (2), es claro que no puede darse al texto la extension que parece encerrar, pues que habia funcionarios públicos que nombraban tntores y eran responsables en virtud de la accion subsidiaria, como que tambien recibian la fianza.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

La Ley de Enjuiciamiento civil saliendo al encuentro de las dudas que algunos intérpretes antiguos suscitaban acerca de si los guardadores testamentarios, y la madre ó la abuela cuando lo eran por derecho propio, debian dar fianzas, establece que todos sin distincion estén obligados á hacerlo, á no haber sido relevados de ello por el padre, por la madre, ó por quien haya instituido heredero al menor ó dejádole manda de importancia. Aun en estos casos podrá el juez exigir la fianza cuando el nombrado no ofrezca á su juicio garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal del menor. La fianza debe ser siempre hipotecaria. Hasta que la prestan los guardadores no se les discierne el cargo ni entran en el ejercicio de sus funciones (3). Esto se confirma en la Ley hipotecaria (4).

TITULUS XXV.

De excusationibus tutorum vel curatorum.

TITULO XXV.

De las excusas de los tutores y curadores.

La palabra *excusa* no tiene en este título un sentido rigurosamente gramatical, pues que no significa la alegacion de una causa para eximirse de la tutela ó curaduría, sino el motivo justo para

(1) §. 2 de la ley 1, tít. VIII, lib. XXVII del Dig.
(2) Ley 6, tít. LXXV, lib. V del Cód.
(3) Arts. 1220 al 1225; 1232 al 1234; 1264 y 1265 de la Ley de Enjuiciamiento civil.
(4) Art. 214.

librarse una persona del cargo de tutor ó curador, ó para no ser admitido á desempeñarlo. Hay, pues, causas que impiden la admision, y otras que conceden al individuo el privilegio de eximirse. De aquí dimana que los autores dividen las causas en *necesarias* y *voluntarias*: las primeras excusan sin ser alegadas, las segundas solo cuando se proponen. Puede inferirse de esto que las llamadas excusas necesarias en rigor son incapacidades.

La tutela, como cargo público, no puede renunciarse, á no ser que haya una causa de las marcadas por el derecho.

Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis. Plerumquè autem *propter liberos*, *sive in potestate* sint, *sive emancipati*. Si enim *tres liberos* superstites *Romæ* quis habeat, vel in Italiâ quatuor, vel in provinciis quinque, à tutelâ vel curâ possunt excusari, exemplo ceterorum munerum: nam et tutelam vel curam placuit *publicum munus* esse. Sed adoptivi liberi non prosunt; in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item *nepotes ex filio* prosunt, ut in locum patris succedant; ex filiâ non prosunt (*a*). Filii autem supertites tantùm ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt; defuncti non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint? Et constat, eos solos prodesse, qui in acie amittuntur: hi enim, qui pro republicâ ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur (*b*).

Los tutores y curadores se excusan por varias causas: la mas frecuente es por el número de los hijos que tengan, ya en su poder, ya emancipados. El que tiene en Roma tres hijos vivos, cuatro en Italia y cinco en las provincias, puede excusarse de la tutela ó curaduría, como sucede con los demás cargos públicos. Los hijos adoptivos no sirven para esta exencion, pero sí aprovechan al padre natural. Los nietos por parte de hijo sirven, sucediendo en lugar de su padre, no así los de por parte de hija (*a*). Solo aprovechan para la excusa de la tutela ó curaduría los hijos vivos, no los que han muerto. Pero puede preguntarse: ¿deberán aprovechar los hijos perdidos en la guerra? Aprovechan sin duda, pero solo cuando han muerto en combate; porque la gloria hace vivir eternamente á los que han muerto por la patria (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Modestino. (§§. 2, 3, 4 y 7 de la ley 2, tít. I, lib. XXVII del Digesto).

(*b*) Conforme con Ulpiano. (Ley 18, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Propter liberos.—Esta excusa no traia precisamente su orígen de la famosa ley Papia Poppea, dada en el imperio de Augusto con el objeto de alentar á los romanos al matrimonio y á la procreacion de prole legítima, como aseguran casi todos los intérpretes, sino mas bien de los rescriptos de Marco Aurelio y Septimio Severo, como dice Schrader.

Sive in potestate, sive emancipati.—Entre los romanos esta exencion no se fundaba en la conveniencia de no gravar con el cuidado de la educacion de los pupilos á los que tenian familia á que atender, sino que solo era un premio concedido á la paternidad. Así es que al paso que los hijos propios, estuviesen ó no en potestad de sus padres, les aprovechaban para la exencion, no acaecia otro tanto con los adoptivos, que únicamente podian ser útiles para el efecto á su padre natural.

Tres liberos Romæ.—Al tiempo que se publicaban las Instituciones, Roma é Italia estaban aun sujetas á la dominacion de los ostrogodos, y no les alcanzaban por lo tanto las leyes que se expedian en Constantinopla. Justiniano sin embargo habla siempre de ellas, como parte integrante del Imperio. Debe observarse que, á pesar de haberse extendido á todos los habitantes comprendidos bajo la dominacion romana el derecho de ciudadanos, todavía quedaron subsistentes algunas diferencias entre los habitantes de las diversas regiones que llevaban el nombre romano.

Publicum munus.—El tutor no es un funcionario público; pero su cargo es público, como todos aquellos á que los ciudadanos pueden ser compelidos por la ley, por las costumbres ó por el magistrado (1).

Nepotes ex filio.—Entiéndese del hijo que ha muerto, porque, segun dice el texto, los emancipados aprovechan como los constituidos en potestad. Los nietos hijos de hija sirven al abuelo paterno, razon por la que el texto los excluye cuando se trata del materno.

1 Item divus Marcus *in semenstribus* rescripsit, eum, qui res *fisci* administrat, à tutelâ vel curâ, quandiu administrat, *excusari posse.*

Del mismo modo el Emperador Marco en sus *semestres* contestó, que el que administra los bienes del fisco puede excusarse de la tutela ó curaduría durante su administracion. 1

ORIGENES.

Conforme con Hermogeniano. (Ley 41, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

In semenstribus.—Suetonio dice que los Emperadores Augusto y Tiberio reunian consejos semestres compuestos de senadores, para tratar de los negocios que debian proponerse al senado, lo que tambien se supone que hizo Marco Aurelio. Así entienden algunos la palabra *semenstria* del texto: otras creen que se refiere á la coleccion de las Constituciones imperiales dadas en el espacio de seis meses.

(1) Ley 214, tít. XVI, lib. L del Dig.

Fisci.—En tiempo de Justiniano no habia ya diferencia entre el tesoro del Estado, *ærarium*, y el del príncipe, *fiscus*.

Excusari posse.—Esta excusa pertenece á la clase de las voluntarias: se infiere, pues, que era un privilegio concedido á los administradores del fisco, y no una garantía otorgada al menor por la responsabilidad con que estaban afectos al fisco los bienes de aquellos.

2 Item *qui reipublicæ causâ absunt*, à tutelâ et curâ excusantur. Sed et, si fuerunt tutores vel curatores, deinde reipublicæ causâ abesse cœperunt, à tutelâ et curâ excusantur, quatenus reipublicæ causâ absunt, et interea curator loco eorum datur. Qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ, *nec anni* habent *vacationem*, ut Papinianus libro quinto responsorum rescripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.

Igualmente se excusan de la tutela y curaduría los ausentes por causa de la república. Mas aquellos que, siendo ya tutores ó curadores, se ausentaron con este motivo, están excusados solo durante su ausencia oficial, y en el intermedio se nombra un curador que los reemplace. Cuando vuelven, se encargan otra vez de la tutela; porque, como dijo Papiniano en el libro quinto de sus respuestas, no tienen la dispensa de un año que solo se concede respecto á las nuevas tutelas que puedan deferírseles. 2

ORIGENES.

Conforme con Modestino. (§. inicial y 2, ley 1, tit. I, lib XXVII del Dig.)

Comentario.

Qui reipublicæ causâ absunt.—Esta causa se introdujo tanto por motivos de utilidad pública, como por lo difícil que es al ausente la administracion de la tutela ó curaduría.

Nec anni vacationem.—El curador nombrado en el intermedio cesaba en sus funciones al volver el que habia estado ausente por causa de la república.

3 Et qui *potestatem* aliquam habent, excusare se possunt, ut divus Marcus rescripsit, sed cœptam tutelam deserere non possunt.

Los que están revestidos de alguna autoridad pueden excusarse, segun el rescripto del Emperador Marco; pero no pueden abandonar la tutela que comenzaron á ejercer. 3

ORIGENES.

Conforme con Calistrato. (§. 5 de la ley 17, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Potestatem.—Sin entrar á examinar aquí las diversas acepciones de la palabra *potestas*, que unas veces se toma mas lata, y otras mas

estrictamente, me limito á decir que en el texto se refiere á los magistrados mayores, es decir, que tenian imperio y potestad (1): privilegio que tambien se habia hecho extensivo á los senadores (2) y á los duunviros (3).

4 Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, *excusare se nemo potest*, nisi fortè de omnibus bonis vel hæreditate controversia sit.

Mas no puede excusarse nadie de ser tutor ó curador por razon de un pleito, que tenga contra el pupilo ó contra el adulto, á no ser que se trate de todos los bienes, ó de una herencia. 4

ORIGENES.

Conforme con Marciano. (Princ. de la ley 21, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Excusare se nemo potest.—El mismo Justiniano decidió despues en una novela (4) que el deudor del pupilo ó del menor estuviera incapacitado para ser su tutor ó curador, con lo cual quedó destruida en parte, y en parte ampliada, la doctrina del texto: y verdaderamente que era muy peligroso para el pupilo y para el menor tener por guardador á una persona, que como deudor podia destruir las pruebas de su deuda, y como acreedor los documentos con que el pupilo ó menor en su caso podian defenderse.

5 Item *tria onera tutelæ non affectatæ*, vel curæ præstant vacationem, quamdiu administrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorumdem bonorum, veluti fratrum, pro unâ computetur.

Tres cargos de tutela ó curaduría, que no han sido buscados, sirven, mientras duran, de excusa para el cuarto; pero en este caso una misma tutela de diferentes pupilos ó una curaduría de los mismos bienes, tales como las de hermanos, son reputada solo por una. 5

ORIGENES.

Tomado de Ulpiano. (Ley 3, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Tria onera tutelæ.—Los cargos públicos deben acomodarse á la posibilidad de los ciudadanos, y repartirse entre todos. La doctrina del texto dimana de este principio: sirvele tambien de fundamento el

(1) Ley 32, tít. X, lib. XLVII del Dig.
(2) §. 3, de la ley 15, tít. I, lib. XXVII del Dig.
(3) §. 16, ley 6, tít. I, lib. XXVII del Dig.
(4) Capitulo 1 de la novela 72.

favor del pupilo, al que no conviene que la multiplicidad de negocios imposibilite al tutor para prestar la atencion que requiere cada uno de los que le están confiados. A fin de que las tres tutelas ó curadurías librasen de la cuarta, era indiferente que estuviesen en un mismo individuo ó en diferentes individuos de la misma familia; así es que la tutela que el padre desempeñaba aprovechaba al hijo, la del hijo al padre, y la de un hermano al otro cuando ambos estaban bajo la misma potestad paterna, con tal que el peligro de ellas viniera á refluir en el jefe de la familia. Pero si una tutela fuera tan complicada que valiera por tres, en este caso ella sola deberia libertar de la segunda, porque mas que al número de tutelas debe mirarse á la dificultad de su desempeño (1).

Non affectatæ.—A esta clase perteneceria la tutela, á que espontáneamente uno se hubiera ofrecido esperando lucro, y la ténue que se hubiera tomado para completar con ella el número de las tres y libertarse así de la cuarta (2).

6 Sed et propter *paupertatem* excusationem tribui, tam *divi fratres* quàm per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.

Por razon de la pobreza se excusan los que pueden justificar que el cargo que se les impone es superior á sus fuerzas, segun una constitucion de los Emperadores hermanos, y otra especial de Marco Aurelio. 6

ORIGENES.

Tomado de Ulpiano. (Ley 7, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Propter paupertatem.—Fúndase esto en que el hombre pobre necesita trabajar para adquirir la subsistencia. La admision de esta excusa, como indica suficientemente el texto, depende del arbitrio prudente del magistrado, que, atendidas las circunstancias, apreciará el mayor ó menor fundamento con que se propone.

Divi fratres.—Estos son los Emperadores Marco Aurelio Antonino el filósofo, y su hermano adoptivo Lucio Vero.

7 Item propter *adversam valetudinem*, propter quam nec suis quidèm negotiis superesse potest, excusatio locum habet.

Tambien compete excusa por razon del mal estado de salud, que impide á alguno ocuparse en sus propios negocios. 7

---

(1) §. 4 de la ley 31 del tít. I, lib. XXVII del Dig.
(2) §. 15 de la ley 15, tít. I, lib. XXVII del Dig.

ORIGENES.

Conforme con Modestino. (§. 8 de la Ley 10, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Adversam valetudinem.—Aplicable es aquí lo que se ha dicho al comentar el texto que antecede.

8 Similitèr eum, qui *literas nesciret*, excusandum esse, divus Pius rescripsit; quàmvis et imperiti literarum possunt ad administrationem negotiorum sufficere.

Del mismo modo el emperador Pio dió un rescripto, concediendo excusa á los que no saben escribir, aunque puedan atender al manejo de sus propios negocios. 8

ORIGENES.

Conforme con Modestino. (§. 19, ley 6, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Literas nesciret.—Los que no saben leer y escribir se pueden excusar de la tutela, porque no es justo que arrostren la responsabilidad de una administracion, cuyas cuentas no pueden llevar, ó que se ven obligados á confiar á otros. Esto, sin embargo, no es extensivo al caso en que el tutor tenga la capacidad necesaria para administrar la tutela (1). Creo por lo tanto que se puede tambien aplicar aquí la doctrina expuesta al comentar los dos textos anteriores.

9 Item si *propter inimicitias* aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum præstat ei excusationem (*a*); sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam patri pupillorum administraturos promiserunt (*b*).

Aquel á quien el padre nombrase tutor en testamento por razon de enemistad, tiene excusa (*a*); pero por el contrario, no se excusarán los que prometieron al padre de los pupilos que administrarian la tutela (*b*). 9

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Modestino. (§. 17, ley 6, tít. I, lib. XXVII del Dig.)
(*b*) Tomado de Modestino. (§. 1, ley 15, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Propter inimicitias.—No sucederia esto, si en lugar de nombrarlo tutor para imponerle como á enemigo una carga, lo hiciera como en prueba de reconciliacion. El padre al designar tutor solo debe guiarse

(1) §. 19, ley 6, tít. I, lib. XXVII del Dig.

por motivos de afeccion á su hijo, y no por el deseo de incomodar, de vejar y de comproter en negocios peligrosos á una persona que le es odiosa.

10 Non esse autem admittendam ex-
cusationem ejus, qui hoc solo uti-
tur, quod ignotus patri pupillorum
11 sit, divi fratres rescripserunt (*a*). Ini-
micitiæ, quas quis *cum patre pupi-
llorum vel adultorum* exercuit, si *ca-
pitales* fuerunt, *nec reconciliatio in-
tervenit*, à tutelâ vel curâ solent
12 excusare (*b*). Item, si quis *status con-
troversiam* à pupillorum patre passus
est, excusatur à tutelâ (*c*).

Los Emperadores hermanos dieron 10
un rescripto, en virtud del cual no
debe admitirse la excusa del que solo
alega que era desconocido del padre
del pupilo (*a*). La enemistad que 11
uno tuvo con el padre del pupilo,
siendo capital y no habiendo me-
diado reconciliacion, excusa de la tu-
tela ó la curaduría (*b*). Igualmente se 12
excusa de la tutela el que ha tenido
una controversia acerca de su estado
promovida por el padre de los pu-
pilos (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Modestino. (§. 14, ley 15, tít. I, lib. XXVII del Dig.)
(*b*) Conforme con Modestino. (§. 16, ley 6, tít. I, lib. XXVII del Dig.)
(*c*) Conforme con Modestino. (§ 18, ley 6, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Cum patre pupillorum vel adultorum.—Lo mismo debe decirse en el caso de que la enemistad sea con el pupilo ó con el menor (1).

Capitales.—Enemistad capital es la que proviene de atentados dirigidos contra la vida, la libertad ó la estimacion: excusa de la tutela ó curaduría para poner á cubierto la opinion del guardador, que podria parecer sospechosa si administrara la tutela.

Nec reconciliatio intervenit.—La reconciliacion puede ser espresa ó tácita: este último nombre se da á la que se deduce de los hechos.

Status controversiam.—Por ejemplo, si hubiera pretendido el padre del pupilo que no era ciudadano, ó que pertenecia á la clase de exclavos.

13 Item *major septuaginta annis* à tutelâ vel curâ se potest excusare (*a*). *Minores* autem viginti et quinque annis *olim* quidem *excusabantur*: à nostrâ autem constitutione *prohibentur* ad tutelam vel

El mayor de setenta años puede 13
excusarse de la tutela ó curaduría (*a*): los menores de veinte y cinco años tambien ántes se excusaban; pero por una constitucion nuestra están incapacitados de aspi-

(1) §. 12 de la ley 3, tít. X, lib. XXVI. del Dig.

curam aspirare, adeò, ut nec excusationis opus fiat. Quâ constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus; cum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire (*b*).
14 Idem et in milite observandum est, ut *nec volens* ad tutelæ munus admittatur (*c*).

rar á la tutela ó curaduría: de modo que ni aun necesitan excusarse. Esta constitucion previene igualmente que ni el pupilo ni el adulto sean llamados al desempeño de la tutela legítima, siendo poco conforme á la razon que aquellos de quienes se cree que necesitan de auxilio ageno para la administracion de sus bienes, y están bajo la direccion de otros, puedan encargarse de tutelas ó curadurías (*b*). Los sol- 14
dados tampoco pueden ser admitidos á desempeñar el cargo de tutores, aunque voluntariamente se presten á ello (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Modestino. (Princ. de la ley 2, tít. I, lib. XXVII del Dig.)
(*b*) La constitucion á que alude es la ley 5, tít XXX, lib. V del Código.
(*c*) Conforme con una constitucion del Emperador Antonino. (Ley 8, título XXXVII, lib. VI del Código.)

Comentario.

Major septuaginta annis.—La ancianidad fué objeto de muchas exenciones entre los romanos: la edad de setenta años, que liberta de encargarse de la tutela y curaduría, debe ser cumplida (1), porque cuando se trata de exenciones el año comenzado no se tiene por completo.

Minores olim excusabantur.—Algunos intérpretes advierten que Justiniano cometió dos errores en este lugar, y en la constitucion á que el texto se refiere: uno es suponer que por el derecho antiguo el agnado á quien correspondia la tutela, de que en su menor edad se encargaba un curador, era responsable de la administracion que no habia desempeñado; y el otro dar por cierto que el menor podia ser elegido tutor por el magistrado.

Prohibentur.—Esta doctrina, que tenia lugar antes en la tutela dativa, se hizo extensiva á la legítima. La testamentaria no está comprendida en el texto, como puede conocerse por lo que de ella dijo ya Justiniano.

Nec volens.—Basta la lectura de este párrafo para conocer que se trata en él de una incapacidad, ó de una excusa necesaria.

(1) Principio de la ley 2, tit. I del lib. XXVII, y 3 del tit. VI, lib. I del Dig.

15 Item *Romæ* grammatici, rhetores, et medici, et qui in patriâ sua id exercent, et *intra numerum* sunt, à tutelâ vel curâ habent vacationem.

Los gramáticos, los retóricos y los 12
médicos en Roma, igualmente que los que ejercen estas profesiones en su patria, comprendidos en el número legal, están dispensados de la tutela ó curaduría.

ORIGENES.

Conforme con Modestino. (§§. 1, 2, 4 y 9, ley 6, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Romæ.—Roma era considerada como patria comun (1); asi los que en Roma ejercian las profesiones de que habla el texto, se reputaba que lo hacian en su propio pais.

Intra numerum.—Habia una constitucion del Emperador Antonino Pio, en que se fijaba el número de profesores de las clases que refiere el texto, que debia tener cada ciudad: constitucion de que nos habla Teófilo en su *Paráfrasis*, y de que hace mencion un fragmento de Modestino que está en el Digesto (2).

16 Qui autem se vult excusare, si plureshabeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis utí intra tempora non prohibetur.

El que quiere excusarse, y tiene 16
diferentes excusas, aunque no haya probado algunas de las propuestas, puede alegar las otras en el término legal.

ORIGENES.

Copiado de Marciano. (§. 1 de la ley 21, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

17 Qui autem excusare se volunt, *non appellant*: sed intra *dies* quinquaginta *continuos, ex quo cognoverunt, excusare se* debent *(cujuscumque generis sint,* id est qualitercumque dati fuerint tutores), si intra centesimum *lapidem* sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt; si verò ultra centesimum habitant, dinumeratione factâ viginti millium diurnorum et ampliùs triginta dierum. Quod tamen, ut Scævola dicebat, sic debet computari, *ne minùs sint* quàm quinquaginta dies.

Los que se excusan no apelan, sino 17
que (de cualquier modo que se les haya deferido el cargo) deben proponer su excusa en los cincuenta dias contínuos al en que supieron su nombramiento, cuando se hallan á menos de cien millas del lugar en que se les ha nombrado; pero si habitan mas allá de la citada distancia, se cuenta un dia por cada veinte millas, y además otros treinta dias, cálculo que debe hacerse, como dice Scevola, de modo que no corresponda menos de los cincuenta dias.

(1) Ley 33, tít. II, lib. L del Dig.
(2) Ley 6, tít. I, lib. XXVII del Dig.

ORIGENES.

Conforme con Modestino. (§§. inicial, 1, 2 y 9, ley 13, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Non appellant.—El Emperador Marco Aurelio Antonino introdujo la doctrina que aquí expone Justiniano. Antes de aquel Emperador se apelaba del nombramiento de tutor del mismo modo que de las demás providencias de los magistrados, y la innovacion que se hizo fué que se acudiera al que ejercia el primer grado de jurisdiccion, es decir, al que administraba justicia en primera instancia, para presentar y hacer valer las excusas. La razon de este cambio fué que cuando el magistrado nombra un tutor ó curador no pronuncia una decision judicial, al paso que hace este pronunciamiento cuando desecha la excepcion propuesta, y por esto entonces es apelable la sentencia (1). Esto tenia lugar en todos los tutores y curadores, á excepcion de los libertos que no podian alegar excusas (2), y que solo cuando eran incapaces se libertaban del cargo.

Dies continuos.—Dias continuos, esto es, contados sin interrupcion, á diferencia de los dias útiles, bajo cuyo nombre solo se comprendian aquellos en que podia administrarse justicia.

Ex quo cognoverunt.—El término de los cincuenta dias corre desde aquel en que el tutor sabe su nombramiento. Desde el mismo debian tambien correr, en nuestra opinion, los cuatro meses señalados para la terminacion de este negocio (3), pues de lo contrario podria ocurrir alguna vez que se diera por finalizado el término antes de empezar, lo que seria un absurdo.

Excusare se.—No solo deben comparecer á excusarse, sino á manifestar las causas justas en que se fundan. Justiniano dice en el texto que, desechada una de ellas, no hay obstáculo para proponer las demás, lo cual debe entenderse con tal que sea dentro del término legal.

Cujuscumque generis sint.—Esto es, bien sean los guardadores testamentarios, legítimos ó dativos.

Lapidem.—Quiere decir *millas*, porque los romanos señalaban con columnas ó hitos las millas, como nosotros señalamos las leguas.

Ne minùs sint.—De otra manera podria resultar que algunos que estaban á mas de cien millas tuvieran menos término que los que estaban mas cerca. Resta advertir que los que dejaban pasar el término sin alegar sus excusas se entendia que las renunciaban, del mismo

---

(1) § 1 de la ley 1, tít. IV, lib. XLIX del Dig.
(2) Ley 5, tít. LXII, lib. V del Cód.
(3) Ley 38, tít. I, lib. XXVII. del Dig.

modo que los que no las proponian y se encargaban de la administracion (1). Bien se comprende que esto no era extensivo á las causas nacidas despues.

17 *Datus autem tutor* ad universum patrimonium datus esse creditur.

El nombramiento de tutor se entiende hecho para todo el patrimonio. 17

ORIGENES.

Conforme con Marciano. (§. 2, ley 21, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Datus autem tutor.—Hay algunos intérpretes, entre ellos Hotman y Vinnio, que son de opinion de que este texto está incompleto, y suponen que quiso decir Justiniano que el tutor que pretende excusarse de administrar en parte la tutela, no debe ser oido, pues que es dado para todo el patrimonio. Sea de esto lo que quiera, parece indudable que no puede entenderse en otro sentido el texto. Así tambien lo comprendió Cujas.

18 Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri *non compellitur* (*a*), in tantum, ut, licèt pater, qui testamento tutorem dederit, adjecit, se eumdem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, divi *Severus et Antoninus* rescripserunt (*b*).

El que ha desempeñado la tutela de una persona, no puede, repugnándolo, ser compelido á su curaduría (*a*), de tal modo que si un padre, nombrando un tutor en testamento, añadió que tambien lo nombraba curador, no se podria compeler á este á encargarse de la curaduría, con arreglo á un rescripto de los Emperadores Severo y Antonino (*b*). 8

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Paulo. (§. 2, tít. XXVII, lib. II de sus Sentencias.)
(*b*) Conforme con Paulo. (Ley 16, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Non compellitur.—Pareció duro á los romanos gravar con el cargo de la curaduría al que ya habia desempeñado el de la tutela. Exceptuábase de esta regla el liberto manumitido por el testador, por el gran beneficio que le resultaba de la adquisicion de la libertad.

Severus et Antoninus.—Estos son los Emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla.

---

(1) Ley 2, tít. LXII, lib. V del Cód.

19 Iidem rescripserunt, maritum *uxori suæ* curatorem datum *excusare se posse, licèt se immisceat.*

Los mismos Emperadores dijeron que el marido dado por curador á su mujer podia excusarse, aunque se hubiese mezclado en la administracion. 19

ORIGENES.

Conforme con Papiniano. (Ley 14, tít. X, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Uxori suæ.—Alude á la mujer que por ser menor de veinte y cinco años, ó por su incapacidad, debe estar sujeta á curaduría, y que tiene otros bienes además de la dote aportada al matrimonio, de que se hablará mas adelante.

Excusare se posse.—No hay aquí una excusa propiamente tal, sino mas bien una inhabilidad, á pesar de que el tenor literal del texto no parece conforme á esta interpretacion que le doy, apoyándome en otras leyes del Digesto y del Código (1). Ni el curador podia casarse con la menor (2), ni el marido ser curador de su mujer: la primera prohibicion consultaba á la libertad de esta y á la moral pública, y ambas á la conservacion de los bienes de la mujer cuyo marido, siendo á la vez curador, podia abusar con facilidad de su posicion, y excusarse de dar cuentas.

Licèt se immisceat.—Esta doctrina, contraria al parecer á la que queda expuesta al terminar el comentario del texto décimo sexto de este título, se funda en que aquí se trata de una inhabilidad, no de una excusa.

20 Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruit, *non est liberatus* onere tutelæ.

Si alguno en virtud de falsas alegaciones llegase á excusarse de la tutela, no se liberta sin embargo de este cargo. 20

ORIGENES.

Conforme con Paulo. (Princ. de la ley 40, tít. I, lib. XXIII del Dig.)

Comentario.

Non est liberatus.—Esto es una excepcion de la regla general que da á la cosa juzgada el carácter de verdad, convirtiendo, como suele decirse, lo blanco en negro y lo negro en blanco. Introducida á favor

(1) §§. 5 de la ley 1, tít. I, y 14 de la ley 10, tít. X, lib. XXVII del Dig.; y ley 2, título XXXIV, lib. V del Cód.
(2) Ley 36, tít. II, lib. XXIII del Dig.

de los pupilos y menores, hace responsables á sus tutores y curadores de los daños que por su causa les originen.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Poco hay que decir en el presente título respecto de nuestras leyes, puesto que están calcadas (1) en las doctrinas romanas con escasas modificaciones. Estas son que para excusarse de la tutela ó curaduría por razon del número de hijos, se requiere tener cinco varones vivos, reputándose como tales los muertos en defensa de la patria (2); que los maestros de gramática, retórica, filosofía ó medicina, que pueden excusarse, son solo los públicos con nombramiento real (3), y que, como ya en otro lugar queda expuesto, se requiere siempre la edad de veinte y cinco años para ser nombrado guardador. El caso de la curaduría de la mujer casada, si bien establecido en las leyes de Partida (4) del mismo modo que en el derecho romano, está corregido por la ley recopilada (5) que concede al marido al entrar en los diez y ocho años la administracion de sus bienes y de los de su mujer.

TITULUS XXVI.	TITULO XXVI.
De suspectis tutoribus vel curatoribus.	**De los tutores y curadores sospechosos.**

Siendo objeto principal de *la accion ó acusacion del tutor ó curador sospechosos* preservar la persona y los bienes del pupilo ó del menor, naturalmente pertenece su conocimiento á la jurisdiccion civil. No es obstáculo para ello que, por consecuencia del juicio, puedan quedar infamados el tutor ó curador, porque otras acciones civiles dan á veces el mismo resultado. Sin embargo, la accion de que se trata tiene punto de contacto con las acciones criminales, en cuanto que es popular y de consiguiente pueden todos entablarla.

Su objeto es separar al tutor ó curador de la administracion, y por

(1) Título XVII, Part VI.
(2) Ley 2, tit. XVII, Part. VI.
(3) Ley 5, tit XVII, Part. VI.
(4) Ley 3. tit. XVII, Part. VI.
(5) Ley 7, tit. II, lib. X de la Nov. Recop.

lo tanto solo puede tener lugar antes ó durante el desempeño del cargo: concluido este careceria de objeto la acusacion.

Sciendum est, suspecti *crimen* ex lege duodecim tabularum descendere.

La acusacion de tutor sospechoso proviene de la ley de las Doce Tablas.

ORIGENES.

Copiado de Ulpiano. (§. 2, ley 1, tít. X, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Crimen.—La palabra *crimen*, en este lugar y en otros del derecho, y aun alguna vez en los autores clásicos, como puede probarse con la autoridad de Ciceron, significa acusacion, no delito.

1 *Datum est* autem jus removendi suspectos *tutores* Romæ prætori, et in provinciis præsidibus earum et *legato proconsulis*.

El derecho de remover á los tutores sospechosos corresponde en Roma á los pretores, y en las provincias á los presidentes ó al legado del procónsul. 1

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§§. 3 y 4, ley 1, tít. X, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Datum est.—La facultad de remover los tutores correspondia en virtud de la jurisdiccion, no de una ley especial: así es que aquí la palabra *dare* no tiene la misma significacion que cuando se aplica al nombramiento de tutores hecho por el magistrado. Esta diferencia no era meramente de nomenclatura entre los romanos, puesto que la jurisdiccion podia delegarse, pero no las atribuciones que en virtud de una ley especial ejercian los magistrados. Por esto no admitia delegacion el nombramiento de tutor (1), y sí la admitia la facultad de removerlo (2).

Tutores.—Toda la doctrina de este título es extensiva tambien á los curadores.

Legato proconsulis.—Esta es una diferencia de la doctrina que acabo de exponer, porque desempeñando el legado del procónsul una jurisdiccion delegada, podia ejercer todos los actos que á ella pertenecian: decision que para resolver las antiguas dudas dieron los Emperadores Severo y Antonino.

---

(1) §. 2, de la ley 6, tít. I, é inicial de la ley 8, tít. V, lib. XXXVI del Dig.
(2) §. 4 de la ley 1, tít. X, lib. XVI del Dig.

2 Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere: nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive alterius generis tutores. Quare *etsi legitimus* sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodò meminerimus, *famæ patroni parcendum*, licèt ut suspectus remotus fuerit.

Habiendo visto á qué magistrados corresponde el conocimiento de la acusacion del tutor sospechoso, veamos quiénes pueden ser acusados como tales. Pueden serlo todos, ya testamentarios, ya de cualquiera otra clase, y tambien el legítimo. ¿Y el patrono? Está en el mismo caso; pero debe tenerse presente que es menester respetar su reputacion, aunque sea separado como sospechoso. 2

ORIGENES.

Tomado de Ulpiano. (§. 5 de la ley 1, tít. X, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Etsi legitimus—Parece que supone el texto mayor dificultad en remover como sospechosos á los tutores legítimos, que á los testamentarios y dativos. Una ley del Digesto (1) dice mas explícitamente que es mejor agregar al tutor legítimo un curador que separarlo con nota de la tutela.

Famæ patroni parcendum.—Con tanta ó mas razon debe esto entenderse del pariente, cuya infamia vendria á refluir en cierto modo en el pupilo ó en el menor como miembro de la familia (2).

3 Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est, *quasi publicam* esse hanc actionem, hoc est omnibus patere. Quinimò et *mulieres admittuntur*, ex rescripto divorum Severi et Antonini, sed hæ solæ, quæ, pietatis necessitudine ductæ, ad hoc procedunt, ut puta mater; nutrix quoquè et avia possunt, potest et soror; sed et, si qua mulier fuerit, cujus prætor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productæ non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusa-
4 tionem (*a*). *Impuberes* non possunt

Veamos ahora quiénes son los que pueden acusar de sospechosos á los guardadores. Esta acusacion es casi pública, esto es, compete á todos. Hasta las mujeres son admitidas, segun un rescripto de los Emperadores Severo y Antonino; pero solamente cuando las guia un profundo sentimiento de afeccion: en este caso se hallan la madre, la nodriza, la abuela y aun la hermana. Tambien deberá admitir el pretor á alguna otra mujer, en quien conozca que hay una grande afeccion, y que movida por ella, y sin traspasar la modestia de su sexo, no puede soportar el perjuicio de los 3

(1) Ley 9, tít. X, lib. XXVI.
(2) §. 1 de la ley 11, tít. III, lib. IV del Dig.

tutores suos suspectos postulare; puberes autem curatores suos *ex consilio necessariorum* suspectos possunt arguere: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt (*b*).

pupilos (*a*). Los impúberos no pue- 4
den acusar á sus tutores como sospechosos, mas los que han llegado á la pubertad pueden acusar á sus curadores con consejo de los parientes, segun un rescripto de los Emperadores Severo y Antonino (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Ulpiano. (§§. 6 y 7 de la ley 1, tít. X, lib. XXVI del Dig.)
(*b*) Tomado de Ulpiano. (Princ. de la ley 7, tít. X, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Quasi publicam.—Con razon se llama á esta accion *casi pública*; pues que ni por su fin, ni por su forma, ni por los magistrados que de ella conocian, podia dársele el nombre de pública: lo eran sin embargo bajo el concepto de que todos los ciudadanos estaban autorizados para entablarla.

Mulieres admittuntur.—Prueba es esta del gran favor que las leyes romanas dispensan á la tutela, pues que dan facultad de acusar á personas á quienes la niegan en los juicios capitales, como son las mujeres, que por regla general no podian entablar una acusacion pública, á no ser para perseguir su propia injuria, ó la muerte de uno de sus parientes (2).

Impuberes.—Esta doctrina puede considerarse como consecuencia de la semejanza parcial que tiene la acusacion de tutor ó curador sospechoso con las acusaciones públicas, en las que el impúbero no era admitido, pero sí el adulto cuando se trataba de un daño que á él ó á los suyos se hubiera originado (2).

Ex consilio necessariorum.—Este consejo suple la falta del consentimiento del curador. Pero si los parientes no quieren conformarse con la acusacion, deberá cuidar el magistrado, cuando sea requerido, de poner á salvo los intereses del menor.

5 Suspectus est autem, qui non ex fide tutelam gerit, *licèt solvendo est*, ut Julianus quoquè rescripsit (*a*). Sed et *ante, quàm incipiat gerere tutelam* tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus rescripsit, et secundùm eum constitutum est (*b*).

Es sospechoso el que no adminis- 5
tra fielmente la tutela, aunque sea solvente, como escribió Juliano (*a*). Aun antes de empezar á administrar la tutela, puede alguno ser separado como sospechoso, segun dijo el mismo Juliano y decidió una constitucion (*b*).

---

(1) Ley 1, tít. II, lib XLVIII del Dig.
(2) §. 6 de la ley 15, tít. V, lib. XLVIII del Dig.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (Ley 8, tít. X, lib. XXVI del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 4, ley 4, tít. X, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Licèt solvendo est.—Mejor es precaver oportunamente los males que tratar de aplicarles un remedio despues de haber acontecido. Esto basta para explicar la razon del texto; pero no es de menor importancia la consideracion de que el tutor se da inmediatamente á la persona, y que la moralidad y la buena direccion del pupilo valen aun mas que la conservacion de sus intereses materiales.

Ante, quàm incipiat gerere tutelam.—Esto sucederia, por ejemplo, cuando el tutor fuera separado por sus malas costumbres, ó porque no quisiera afianzar, ó porque dejara de encargarse oportunamente de la tutela.

6 Suspectus autem *remotus*, si qui-
dem *ob dolum*, *famosus* est; si ob
7 culpam, non equè (*a*). Si quis au-
tem suspectus postulatur, quoad
cognitio finiatur, *interdicitur ei ad-
ministratio*, ut Papiniano visum
8 est (*b*). Sed si suspecti cognitio sus-
cepta fuerit, posteaque tutor vel cu-
rator decesserit, *extinguitur* cogni-
tio suspecti (*c*).

El tutor sospechoso es separado 6
con la nota de infamia, si lo ha sido
por dolo; no así cuando lo ha sido
solo por culpa (*a*). El acusado de 7
sospechoso queda privado de admi-
nistrar, mientras esté pendiente la
acusacion, segun la opinion de Papi-
niano (*b*). El procedimiento comen- 8
zado se extingue si muriese el tutor
ó curador (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con una constitucion de los Emperadores Diocleciano y Maximiano. (Ley 9, tít. XLIII, lib. V del Cód.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 14, tít. III, lib. XLVI del Dig.)
(*c*) Conforme con Papiniano. (Ley 11, tít. X, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Remotus.—El fin de la acusacion es la remocion del guardador, así como hemos visto antes que su objeto es conseguirla.

Ob dolum, famosus.—Sin entrar en el exámen de las palabras *dolo* y *culpa*, por no anticipar ideas, que se explicarán con mas oportunidad, al hablar de los contratos, me limitaré aquí á decir que los fraudes cometidos en la administracion de la tutela y curaduría, aparte de la condenacion civil para reintegrar al menor ó al pupilo, eran castigados con la pena de infamia. En otro lugar esplanaré mas estas palabras. Cuando las faltas en la administracion eran hijas de la negligencia, solo habia lugar á la condenacion pecuniaria.

Interdicitur ei administratio.—Seria injusto privar al guardador de la administracion antes de que el juicio le fuera desfavorable, y poco prudente permitir que continuase en ella cuando estaba acusado como sospechoso.

Extinguitur.—La razon de esto es, porque con la muerte del guardador está conseguido el fin de la acusacion, que es el que cese en su cargo. Lo mismo debe decirse de todos los demás modos, por los que se extinguen la tutela y la curaduría.

9 Si quis tutor copiam sui non faciat, *ut alimenta pupillo decernantur*, cavetur epistolâ divorum Severi et Antonini, ut *in possessionem* bonorum ejus pupillus mittatur; et, quæ morâ deteriora futura sunt, dato curatore, *distrahi jubentur* (*a*). Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non
10 præstat alimenta (*b*). Sed si quis præsens negat, propter inopiam alimenta non posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse *ad præfectum urbis* puniendum placuit, sicut ille remititur, qui, datâ pecuniâ, ministerium tutelæ rede-
11 merit (*c*). Libertus quoquè, si fraudulenter gessisse tutelam filiorum vel nepotum patroni probetur, ad præfectum urbis remittetur puniendus (*d*).

Si algun tutor no compareciese 9
para el señalamiento de alimentos al pupilo, este, segun un rescripto de los Emperadores Severo y Antonino, será puesto en posesion de los bienes de aquel, y las cosas que se deterioren por la tardanza seràn vendidas, nombrándose un curador (*a*). Puede tambien ser separado como sospechoso el que no da alimentos (*b*). Pero si el tutor, com- 10
pareciendo, pretende que no pueden señalarse alimentos por razon de la pobreza del pupilo, y esta asercion es falsa, debe ser remitido al prefecto de la ciudad para su castigo, del mismo modo que el que por dinero redimió las funciones de tutor (*c*). El liberto, que haya sido 11
convencido de haber administrado fraudulentamente la tutela de los hijos ó nietos del patrono, debe tambien ser remitido para su castigo al prefecto de la ciudad (*d*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Ulpiano. (§. 2, ley 7, tít. X, lib. XXVI del Dig.)
(*b*) Tomado de Ulpiano. (§. 14, ley 3, tít X, lib. XXVI del Dig.)
(*c*) Tomado de Ulpiano. (§. 15, ley 3, tít. X, lib. XXVI del Dig.)
(*d*) Copiado de Ulpiano. (Ley 2, tít. X, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Ut alimenta pupillo decernantur.—Los alimentos del pupilo comprenden en este lugar no solo lo que es indispensable para su subsistencia, su habitacion y su vestido, sino tambien los gastos de maestros, y todos los de su instruccion. No dependia su señalamiento del capricho del tutor, sino que por el contrario debia sujetarse á

la voluntad que el padre expresara en su testamento, y en su defecto á la designacion del magistrado, que se arreglaba al rango y riqueza de las personas, procurando al mismo tiempo una prudente economía. El tutor, que estaba obligado á pedir esta regulacion, podia reclamar que se modificara, cuando las circunstancias del pupilo lo exigieran. Si descuidaba hacerlo, se exponia á que no se le abonaran los gastos que presentaba como alimentos del pupilo; pero siempre que fueran moderados, aunque no estuvieran señalados por el padre ó por el magistrado, debian serle admitidos en cuenta (1).

In possessionem.—Esta misma doctrina es la que se establece por punto general, en favor de los acreedores, contra el deudor que se oculta.

Distrahi jubentur.—Con el objeto de proveer á los alimentos del pupilo ó del menor.

Ad præfectum urbis.—No tratándose de la pena de infamia ó de la imposicion de una multa, lo cual entraba en los límites de la jurisdiccion del pretor, debian los guardadores ser sometidos al prefecto de la ciudad para que los castigase extraordinariamente, puesto que en esta magistratura radicaba el imperio *mero* para la imposicion de las penas.

12 Novissimè sciendum est, eos, qui frudulenter tutelam vel curam administrant, etiam, si *satis offerant*, removendos à tutelâ (*a*): quia satisdatio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat (*b*). Suspectum enim eum putamus qui moribus talis est, ut suspectus sit: enimverò tutor vel curator, quamvis *pauper est*, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus (*c*).

Por último, debe saberse que los que administran fraudulentamente la tutela ó curaduría, aunque ofrezcan fianza, deben ser separados de la guarda (*a*), porque la fianza no cambia su malévolo propósito, sino que mas bien les da los medios de dilapidar por mas largo tiempo los intereses del huérfano (*b*). Nosotros reputamos tambien como sospechoso al que lo es por sus costumbres. Mas un tutor ó curador, aunque sea pobre, con tal que sea fiel y diligente, no debe ser separado como sospechoso (*c*). 12

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (Ley 5, tít. X, lib. XXVI del Dig.)
(*b*) Copiado de Calistrato. (Ley 6, tít. X, lib. XX del Dig.)
(*c*) Copiado de Ulpiano. (Ley 8, tít. X, lib. XX del Dig.)

---

(1) §§. 2 y 3, tít. II, lib. XXVII del Dig.; y tít. L, lib. V del Cód.

Comentario.

Satis offerant.—Esto ya se ha explicado al comentar el párrafo quinto de este mismo título.

Pauper est.—La pobreza puede excusar de la tulela, y la imposibilidad de afianzar puede impedirla, pero una vez constituida, no debe de objetarse la falta de fortuna al que la administra con celo, y lealtad, y en bien del pupilo.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Las leyes españolas establecen el principio de que es sospechoso el guardador que hace temer que no desempeñará su cargo en bien del huérfano, del menor ó del incapacitado cuyos intereses se le confiaron; y al mismo tiempo señalan algunas causas, en virtud do las cuales deben ser considerados como sospechosos los guardadores. Estas son haber enseñado malas costumbres á las personas, ó disipado los bienes puestos bajo su cuidado, aparecer despues de aceptado el cargo que eran enemigos de los que estaban en su guarda ó de los parientes de estos, negar falsamente delante del juez la posibilidad de dar alimentos, omitir sin justa causa la formacion de inventario, no defender judicial ni extrajudicialmente los interes de sus protegidos, y ocultarse al saber que fueron nombrados (1).

La acusacion de los guardadores se hace en los tribunales ordinarios, á quienes tambien compete el nombramiento; estos, en defecto de acusador, deben proceder de oficio (2). En los demás puntos que comprende el título hay uniformidad entre las doctrinas españolas y romanas.

---

(1) Ley 1, tit. XVIII, Part. VI.
(2) Ley 5, tit. XVIII, Part. VI.

LIBER SECUNDUS.

LIBRO SEGUNDO.

TITULUS I.

De rerum divisione.

TITULO I.

De la division de las cosas.

Despues que el Emperador Justiniano ha explicado el primer objeto del derecho, que son las personas, pasa á tratar del segundo, esto es, de las cosas. No da su definicion: hay por lo tanto que formarla.

La palabra *cosa*, en su significacion gramatical, comprende todo lo que existe: en sentido jurídico lato, se presta tambien á una extension extraordinaria, refiriéndose á cuanto puede ser útil al hombre en general; pero en sentido jurídico estricto, solo comprende *todo lo que es objeto de derechos y de obligaciones*. De esta definicion se infiere que cuanto tiene una existencia real y puede satisfacer las necesidades y los caprichos del hombre, está comprendido bajo la palabra *cosa*. Mas del mismo modo que, al hablar de las personas, manifesté que habia algunas que, careciendo de existencia física, la tenian jurídica, y eran unas creaciones de la ley en virtud de ciertas abstracciones, debo aquí decir que hay cosas de creacion puramente legal: á esta clase corresponden los derechos, cosas incorporales de que se tratará oportunamente.

Superiore libro de jure personarum exposuimus; modò videamus de rebus. Quæ vel *in nostro patrimonio sunt*, vel *extra nostrum patrimonium* habentur (*a*). *Quædam* enim *naturali jure communia* sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ variis ex causis cuique acquiruntur (*b*), sicut ex subjectis apparebit.

En el libro que antecede hemos hablado del derecho de las personas; pasemos ahora á las cosas: las cuales están ó en nuestro patrimonio ó fuera de nuestro patrimonio (*a*). Algunas de ellas por derecho natural son comunes á todos, otras son públicas, otras de corporacion, algunas no corresponden á nadie, y la mayor parte pertenecen á particulares. Todos pueden adquirir estas últimas de diferentes maneras (*b*), como aparecerá de la doctrina que vamos á exponer.

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 1, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Marciano. (§. inicial de la ley 2, tít. VIII, lib. I del Dig.)

Comentario.

In nostro patrimonio.—No es esta la division capital que el Digesto (1) hace de las cosas. En él siguió Justiniano á Cayo (2), del que, contra su costumbre, se aparta en el presente texto. Segun este jurisconsulto la primera division de las cosas es que unas son de derecho divino y otras de derecho humano, la que solo figura como una subdivision en esta obra.

La palabra *patrimonio* comprende, en su sentido riguroso, solo los bienes que vienen al hijo por herencia paterna; pero en el uso comun, y en este lugar, significa todas las cosas que poseemos. Así es que cuando el texto dice *cosas que están en nuestro patrimonio*, es lo mismo que si dijera *cosas que corresponden á los individuos*. Los romanos daban á estas las denominaciones de *res privatæ*, *res singulorum*, *bona*, *pecunia*.

Extra nostrum patrimonium.—Bajo esta denominacion se comprenden las cosas que, ó por ser de uso comun á todos, ó por estar fuera del comercio de los hombres, no son susceptibles de propiedad, ni de derechos. Llámanse, sin embargo, cosas, *res*, porque existen y son necesarias y útiles al hombre; pero no *bona* ni *pecunia*, bajo cuyas palabras solo se comprenden las que son objeto de propiedad y de derechos. Las cosas que están fuera del patrimonio reciben en general el nombre de públicas (3), si bien especialmente se subdividen en las que son de uso comun á todos, *res communes*; las que pertenecen á un pueblo y se llaman públicas, *res publicæ*, en el sentido estricto de la palabra; las que son de una corporacion, *res universitatis*; y las que se llamaban por excelencia *nullius*, en virtud del destino que se les habia dado.

Quædam naturali jure communia.—No se hace aquí una division nueva, sino una subdivision de las cosas que están fuera del patrimonio.

1 Et quidem naturali jure *communia sunt* omnium hæc: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc *litora maris* (*a*). Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut et mare (*b*).

Con arreglo al derecho natural son comunes á todos los hombres el aire, el agua corriente, el mar, y por consiguiente sus riberas (*a*). Llegar á la ribera del mar es lícito á todos, con tal que se abstengan de tocar las casas de campo, los monumentos y los edificios, porque estos no son de derecho de gentes, como lo es e mar (*b*). 1

(1) Ley 1. tit. VIII, lib. I.
(2) § 2 del Comentario II de sus Inst.
(3) Ley 1, tit. VIII, lib. I del Dig.

ORIGENES.

(a) Copiado de Marciano. (§. 1, ley 2, tít. VIII, lib. I del Dig.)
(b) Tomado de Marciano. (§. inicial de la ley 4, tít. VIII, lib. I del Dig.)

Comentario.

Communia sunt.—Llámanse cosas comunes aquellas, que, *dadas por la naturaleza para el uso comun, no están en dominio.* De aquí se deduce que al mismo tiempo que no pueden en general ser objeto de propiedad, es lícito á todos los hombre usarlas y aprovecharse de ellas parcialmente. El aire, el mar y el agua corriente, que son los primeros ejemplos que pone el Emperador, corresponden á esta clase por su misma naturaleza: ninguno puede físicamente tener su dominio, si bien todos gozan de las ventajas que proporcionan, y se apropian el aire que respiran, el agua que sacan del mar y las producciones que este encierra en su seno. Pero tan luego como semejantes cosas vuelven á su primitivo estado, recobran otra vez la cualidad de comunes, de la que solo consideradas parcialmente pudieron ser despojadas.

Litora maris.—Algunas mas explicaciones necesitan estas palabras. Las riberas del mar fueron consideradas de uso comun en todos los pueblos cultos de la antigüedad: así todos reputaban como bárbaro y cruel rechazar de las costas al extranjero. Realmente las riberas del mar, mas bien que la propiedad de un pueblo, son los límites de su dominacion, que á cada instante parece que las olas reivindican para el uso comun. Mas no por eso puede inferirse que una nacion no tenga derecho de defender su territorio fortificando las costas, de adoptar ciertas precauciones de seguridad que la pongan á cubierto de la invasion de sus enemigos, ó del contagio de las enfermedades pestilenciales, y de prescribir reglas que se refieran á la navegacion y pesca en las aguas que la circundan: en este sentido dijo Celso (1) que las riberas á que extendia su dominacion el Imperio romano, eran del pueblo romano.

Lo que se ha indicado de las demás cosas comunes, que parcialmente pueden ser objeto de propiedad, es extensivo á las riberas del mar. En ellas puede edificarse, si bien respetando y dejando expedito el uso comun, y sujetándose á las reglas que en cada pais al efecto se hallan establecidas. Así es que por derecho romano el pretor concedia estas autorizaciones despues de persuadirse de que no causaba perjuicio ni al público ni á un tercero el edificio que se queria levantar (2); pero este dominio era transitorio, y duraba sólo mientras estaban en pié los edificios.

---

(1) Ley 3, tít. VIII, lib. XLIII del Dig.
(2) §. 1 de la ley 3, y ley 4 del tít. VIII, lib XLIII del Dig.

2 Flumina autem omnia et portus *publica* sunt (*a*), ideòque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.

Todos los rios y puertos son públicos (*a*), y por lo tanto el derecho de pescar en ellos es comun á todos. 2

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Marciano. (§. 1 de la ley 4, tít. VIII, lib. I del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. inic. de la ley 24, tít. II, lib. XXXIX del Dig.)

Comentario.

Publica.—La palabra *pública* no tiene en este texto el sentido lato ya indicado antes, segun el cual comprende las cosas comunes y las de corporacion, sino el especial que la limita á las de un pueblo. En este sentido son públicos, como dice el texto, los rios y los puertos, mencionados por el Emperador solo como ejemplo, pues á la misma clase pertenecen las plazas, las calles, los caminos públicos, los egidos, las lagunas y otras muchas cosas (1). Para la mas fácil comprension de la materia conviene definir las cosas públicas: estas son *aquellas cuya propiedad es del pueblo y el uso de todos los que lo componen*. El pretor por medio de sus interdictos protegia á todos en su uso, y reprimia á los que lo impedian.

Debe observarse aquí la diferencia que hay entre el rio, y el agua corriente del mismo rio: el primero es público, la segunda comun, como antes queda dicho. Por esto al mismo tiempo que la navegacion y la pesca en los rios puede prohibirse á los extranjeros, no así el agua para beber, lavar, ó abrevar el ganado: la razon de esta diferencia consiste en que el rio está bajo la potestad y dominio del pueblo por donde pasa, pero el agua corriente, por su perpétuo curso, no es capaz de propiedad mientras permanezca en semejante estado.

En tanto se prohiben las edificaciones en los rios y en sus inmediaciones en cuanto dañan al servicio público, impidiendo la navegacion ó la pesca, ó perjudicando el uso de las aguas, ó variando su direccion (2): fuera de semejantes casos, aunque no estaban prohibidas, requerian sin embargo la autorizacion del príncipe, y en las provincias la del presidente (3). De este modo se evitaba el que fuera necesario hacer demoliciones para que quedara expedito el curso, la navegacion y el aprovechamiento de los rios.

Por último, debe añadirse que se daba tambien la denominacion de *cosas públicas* á algunas que pertenecian al patrimonio de un pue-

(1) §. 3 de la ley 2, tít. VIII, lib. XLIII del Dig.
(2) Títulos XII y XIII del lib. XLIII del Dig.
(3) §. inicial de la ley 24, tít. II, lib. XXXIX del Dig.

blo, tales como las minas, las salinas, los bosques y los campos *vectigales* (1). Estas realmente no están comprendidas en el texto, pues que no era comun á todos su uso, y se les aplicaban las reglas que se dirán al hablar de las patrimoniales de los pueblos.

3 Est autem litus maris, *quatenùs hibernus fluctus* maximus excurrit.

Ribera del mar es todo el terreno á que alcanzan las olas, que mas se extienden en el invierno. 3

ORIGENES.

Conforme con Celso. (§. inic. de la ley 96, tít. XVI, lib. L del Dig.)

Comentario.

Quatenùs hibernus fluctus.—Celso (2) atribuye la definicion del texto á M. Tulio Ciceron; este nos dice que la tomó de Aquilio. Javoleno (3) define del mismo modo la ribera del mar.

4 *Riparum* quoquè *usus publicus est juris gentium,* sicut ipsius fluminis: itaquè navem ad eas applicare, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere, cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed *proprietas* earum *illorum est, quorum* prædiis adhærent: quâ de causâ arbores quoquè in iisdem natæ eorumdem sunt.

El uso público de las riberas de los rios es de derecho de gentes, como el del mismo rio: por lo tanto es lícito á todos hacer abordar sus barcos, atar cables á los árboles y poner en ellas sus cargas. Pero la propiedad de las mismas riberas es de aquellos á cuyos prédios están adherentes, por cuya razon á ellos pertenecen tambien los árboles nacidos allí. 4

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. inic. de la ley 5, tít. VIII, lib. I del Dig.)

Comentario.

Riparum.—Ulpiano (4) dice que la ribera es lo que contiene al rio en su curso natural: de esto se infiere que las crecidas no deben tenerse en cuenta para su designacion, ni por el contrario tampoco las sequías que disminuyen el caudal ordinario de las aguas. De las doctrinas que acerca de las riberas aquí se establecen, se infiere que no solo se reputan como tales los bordes de los rios, sino todo el terreno que es indispensable para su uso público.

Usus publicus est juris gentium.—Del mismo modo que está prote-

(1) §. 1 de la ley 17, tít. XVI, lib. L del Dig.
(2) Ley 96, tít. XVI, lib. L del Dig.
(3) Ley 112 del mismo título y libro.
(4) §. 5 de la ley 1, tít. XII, lib. XLIII del Dig.

gido el uso público de los rios, deben tambien estarlo sus riberas. Añade el Emperador las palabras *derecho de gentes*, sin duda para indicar que esta es una servidumbre impuesta por el derecho adoptado en todos los paises, porque sin ella seria imposible el uso de los rios.

Proprietas illorum est quorum prædiis.—No sucede lo mismo con las riberas del mar y con las de los rios: en aquellas, ocupadas á cada momento por las aguas, es imposible el dominio; mas la propiedad de estas no está sujeta á tales accidentes. Los dueños de las riberas, en virtud de la servidumbre, que, como se ha dicho antes, gravita sobre sus predios, no pueden hacer nada que perjudique á la navegacion, pesca y aprovechamiento público de los rios; pero fuera de esto, ejercen todos los derechos inherentes al dominio.

5 Litorum quoquè usus publicus juris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est, casam ibi imponere, in quâ se recipiant, sicut retia siccare, et ex mare deducere. Proprietas autem eorum potest intellegi nullius esse, sed ejusdem juris esse, *cujus et mare*, et, quæ subjacent mari, terra vel arena.

Del mismo modo el uso de las riberas del mar es público de derecho de gentes, como el del mismo mar: por lo tanto es lícito á todos construir cabaña á que acogerse, sacar las redes del mar y secarlas. Por lo que hace á su propiedad puede decirse que á nadie corresponde, sino que es del mismo derecho que el mar y la tierra ó arena que el mar cubre. 5

ORIGENES.

Conforme con Neracio. (Ley 14, tít. I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Cujus et mare.—El mar hace suyas las riberas cuando las ocupa y las priva del uso para que servian. La regla del texto se funda en que lo ocupado debe seguir la condicion de lo ocupante.

6 *Universitatis* sunt, *non singulorum*, veluti quæ in civitatibus sunt, ut theatra, stadia, et similia, et si qua alia sunt communia civitatium.

Son cosas de corporacion, y no particulares, los objetos que en las ciudades son comunes á sus moradores: á esta clase pertenecen los teatros, los estadios, y para decirlo de una vez, todo lo que corresponde al comun de las ciudades. 6

ORIGENES.

Copiado de Marciano. (§. 1 de la ley 6, tít. VIII, lib. del Dig.)

Comentario.

Universitatis.—Cuando hablé de las personas en general, dije que habia algunas de creacion jurídica, á que la ley en su poder de abs-

traccion hacia susceptibles de derechos, como á los individuos. Este texto me proporciona ocasion para dar algunas explicaciones que amplíen la doctrina que entonces quedó sentada. Entre las personas jurídicas están en primer término las corporaciones, *universitates*, de que corresponde tratar al presente. La creacion de estas personas era atribucion de la soberanía que les daba vida y nacimiento: las vicisitudes del poder legislativo en Roma marcan tambien la autorizacion que en las diferentes épocas requirieron; así es que primero debieron su orígen á una ley, despues á un senado-consulto y últimamente á una constitucion imperial. La política y la razon de derecho á la vez exigian esta autorizacion; la política para evitar los peligros de asociaciones que por su tendencia civil ó moral pudieran ser peligrosas; la razon de derecho, porque de otro modo seria imposible fijar el principio legal de su existencia.

El texto que comento menciona las ciudades como personas jurídicas: esto es solo un ejemplo, porque era tan ancho su círculo entre los romanos, que puede decirse que todas las sociedades civiles, á excepcion de la república y la familia, estaban en el mismo caso y eran comprendidas bajo la palabra *universitas*, que significaba la unidad ideal de que se trata (1). Estas corporaciones podian poseer, ser propietarias, contraer, demandar y ser demandadas (2).

Non singulorum.—Las corporaciones tenian dos clases de cosas: unas de que podian usar todos sus miembros, y á veces los que no lo eran: tales son las que el texto pone por ejemplo, tales serian tambien los pastos comunes de un pueblo. A esta clase se refiere el presente párrafo. Las otras son las de que no puede usar cada individuo de la corporacion, como su tesoro y todos los bienes que constituyen su patrimonio particular: estos solo pueden llamarse *universitatis* en el sentido de tener la propiedad una corporacion; pero en los efectos legales son de igual condicion que los de los particulares, *singulorum*, á cuya clase realmente pertenecen.

7 *Nullius* autem sunt res sacræ et religiosæ et sanctæ: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

Son cosas *nullius* las sagradas, religiosas y santas; porque lo que es de derecho divino no está en los bienes de nadie. 7

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§. 9, Com. II de sus Inst.)

---

(1) Savigny en su excelente tratado de Derecho romano explica con tanta erudicion y maestría la teoría de las personas jurídicas, que no puedo dispensarme de recomendar su estudio.
(2) Título IV, lib. III del Dig.

Comentario.

Nullius.—Queda dicho antes que habia algunas cosas que, en virtud del servicio á que estaban destinadas, recibian por excelencia la denominacion de *nullius.* Estas son llamadas generalmente cosas de derecho divino, y se subdividen en sagradas, santas y religiosas; subdivision que se pierde en las tinieblas de la antigüedad. Mas la denominacion de cosas *nullius* se extiende tambien á otras cosas capaces de adquisicion, aunque no estén en el dominio actual de nadie. Así las fieras, mientras no son cogidas, se reputan cosas *nullius*, y sin embargo por la ocupacion se hacen del aprehensor: así las cosas abandonadas absolutamente por su dueño son igualmente cosas *nullius*, y entran en la propiedad del que de ellas se apodera.

8 Sacra sunt quæ *ritè, et per pontifices* Deo consecrata sunt veluti ædes sacræ, et *dona*, quæ ritè ad ministerium Dei dedicata sunt (*a*), quæ etiam per nostram constitutionem (*b*) *alienari et obligari* prohibuimus, *exceptá causá* redemptionis captivorum. Si quis verò *auctoritate suá* quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum (*c*). Locus autem, in quo sacræ ædes ædificatæ sunt, etiam diruto edificio, adhuc sacer manet, ut et Papinianus rescripsit (*d*).

Las cosas sagradas son las que están consagradas á Dios, con arreglo á los ritos y por los Pontífices, tales como los templos y las ofrendas dedicadas solemnemente al culto de Dios (*a*), las cuales nosotros por una constitucion (*b*) hemos prohibido enajenar ú obligar, á no ser para la redencion de cautivos. Mas si alguno por su propia autoridad constituyere como sagrada una cosa, continuará esta siendo profana (*c*). El lugar, en el cual se ha edificado un templo, permanece sagrado aun despues de su destruccion, como escribió Papiniano (*d*). 8

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§§. inicial y 1 de la ley 9, tít. VIII, lib. I del Dig.)
(*b*) Esta constitucion es la ley 21 del tít. II, lib. I del Cód.
(*c*) Tomado de Marciano. (§. 3, ley 6, tít. VIII, lib. I del Dig.)
(*d*) Conforme con Papiniano. (§ inicial de la ley 73, tít. I, lib. XVIII del Dig.)

Comentario.

Ritè, et per pontifices.—Debemos aquí distinguir dos épocas totalmente diferentes: la del paganismo y la del cristianismo. En tiempo del gentilismo se llamaban sagradas las cosas, *que, prévia autorizacion pública, eran consagradas solemnemente á los dioses superiores por los*

pontifices. Empleábanse al efecto prolijas solemnidades que describe Heineccio en sus *Antigüedades* con su acostumbrada erudicion. Además de estas dedicaciones públicas, tenia cada familia sus deidades privadas y sus sacrificios especiales que se trasmistian con la herencia.

En tiempo del cristianismo la consagracion se hacia por los sacerdotes cristianos, siguiendo los ritos prescritos por la Iglesia.

Mas en una y otra época se necesitó ó el precepto del pueblo, ó la autoridad del senado, ó la concesion del príncipe, y nada pudo consagrarse por voluntad privada.

No deben confundirse con las cosas sagradas las eclesiásticas, destinadas al mantenimiento de los ministros y del culto, y al socorro de los pobres, si bien su enajenacion é hipoteca estaban igualmente limitadas á ciertos casos particulares (1).

Dona.—Usase de esta palabra para significar las cosas muebles, en contraposicion á la de *ædes* que se refiere á los templos.

Alienari et obligari.—Estando las cosas sagradas exentas del comercio de los hombres, no admitian estimacion, ni podian ser adquiridas, ni por lo tanto eran objeto de obligaciones. El pretor, por medio de un interdicto (2), protegia su inviolabilidad; y esta encontraba una nueva sancion en las penas contra el sacrilegio, de las que puede decirse sin exageracion que estaban escritas con sangre y fuego (3).

Exceptâ causâ.—La constitucion á que alude Justiniano (4) se refiere solo á las cosas muebles. La excepcion, de que habla el texto fué extensiva al socorro de los pobres en tiempo de hambre, y al pago de las deudas de la Iglesia cuando esta tenia alhajas que no eran necesarias para el culto y carecia de otros bienes muebles (5).

Auctoritate suâ.—No hay aquí contradiccion con lo que antes se ha dicho acerca de las divinidades domésticas y tutelares de las familias, que se trasmitian con la herencia, y que se llamaban deidades privadas *(sacra privata)*; pues estas tambien se constituian por autoridad pública, y no se diferenciaban de las otras ni por la forma de la consagracion, ni por las personas que la hacian, sino solo por el destino que se les daba al tiempo de consagrarlas. No estaba prohibido á los particulares hacer dedicaciones á los dioses, pero estas no ligaban á sus sucesores, y en los efectos civiles eran consideradas como profanas las cosas á que se referian.

---

(1) Novela 7.
(2) Ley 1, tit. VI, lib. XLIII del Dig.
(3) §. inicial de la ley 6, tit. XIII, lib. XLVIII del Dig.
(4) Ley 21, tit. II, lib. I del Cód
(5) Capítulo 10 de la novela 120.

9 *Religiosum locum* unusquisque *suâ voluntate* facit, dum *mortuum* infert in *locum suum*. In communem autem locum *purum*, invito socio, inferre non licet, in commune verò sepulcrum etiam invitis ceteris licet inferre. Item si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum, concedente domino, licet inferre, et licèt *postea ratum habuerit*, quàm illatus est mortuus, tamen religiosus locus fit.

Cada uno puede constituir por su voluntad un lugar religioso, enterrando un muerto en terreno suyo. No es permitido hacerlo en un terreno comun y puro sin el consentimiento del condueño; mas en un sepulcro comun puede hacerse, aun sin la voluntad de los demás. El propietario no podrá hacer religioso el terreno sujeto á usufructo sin el consentimiento del usufructuario. Puede enterrarse en terreno ajeno con consentimiento del señor, y el terreno será religioso, aun en el caso de que el consentimiento sea dado despues de la inhumacion. 9

ORIGENES.

Copiado en su mayor parte de Marciano. (§. 4, de la ley 6, tít. VIII, lib. I del Dig.)

Comentario.

Religiosum.—El lugar en que se enterrabá un cadáver con consentimiento del dueño se consideró religioso, antes y despues de haber sido adoptado el cristianismo por Constantino. Los sepulcros en tiempo de la idolatría estaban dedicados á los dioses manes é infernales, y exentos por lo tanto del comercio de los hombres, si bien podia enajenarse el derecho de sepultura (1); y habia sepulcros, ya para los individuos de la familia, ya para los herederos, ya para determinadas personas, las cuales eran protegidas en el ejercicio de su derecho por un interdicto del pretor. Todos los sepulcros estaban fuera de la ciudad, porque las leyes de las Doce Tablas, consultando á la salubridad pública, habian prohibido dar tierra ó quemar los cadáveres dentro de su recinto. La profanacion era severamente castigada, ya civilmente dando una accion popular, esto es, que podia ser entablada por todos, llamada *sepulcri violati*, por la que el profanador incurria en la pena de infamia, y en otra pecuniaria (2); ya criminalmente, llegándose hasta la de muerte, si los huesos habian sido arrancados del sepulcro (3).

Locum.—No todo el campo en que estaba la sepultura, sino solo el lugar en que descansaban los despojos mortales (4).

(1) Ley 14, tít. XXXVII, lib. VI del Cód.
(2) Título XII, lib. XLVII del Dig.; y tít. XIX, lib. IX del Cód.
(3) Ley 11, tít. XII, lib. XLVII del Dig.
(4) §. 5, ley 2, tít. VII, lib. XI del Dig.

Suâ voluntate.—Diferencia principal entre las cosas sagradas y religiosas: aquellas necesitaban la intervencion de la autoridad pública, como se ha visto; estas dependian de la voluntad del dueño del terreno, que permitia en él la inhumacion.

Mortuum.—Aunque fuera el cadáver de un esclavo (1); pero ni el sepulcro del enemigo (2), ni el mausoleo, que no contenia restos humanos, eran religiosos.

Locum suum.—Era menester ser dueño absoluto de una cosa, y que no hubiera compartícipes en la propiedad, ni desmembraciones de ella, como son las servidumbres, para autorizar la sepultura. Mas cuando sin el consentimiento del propietario se enterraba un cadáver, aunque el lugar no era religioso, no por eso el dueño del terreno podia disponer la exhumacion, la cual requeria un decreto del Pontífice ó del Emperador (3), si bien tenia el derecho de reclamar la extraccion del cuerpo, ó el pago del sitio de la sepultura (4). Prestada esta indemnizacion, el lugar indudablemente se hacia religioso.

Purum.—Esto es, el lugar en que nadie aun habia sido sepultado: pues como dice Ulpiano, por lugar puro se entiende el que ni es sagrado, ni santo, ni religioso (5).

Postea ratum habuerit.—Es indiferente que el consentimiento anteceda ó siga á la inhumacion, para hacer el lugar religioso. Síguese en el texto la lectura mas comun, conforme á la Paráfrasis de Teófilo, al manuscrito de Florencia y á las ediciones de Cujas. En otras se lee: *postea ratum non habuerit*; y entonces la interpretacion será que el arrepentimiento del dueño, que una vez dió su consentimiento, no puede hacer profano el lugar que, por su voluntad, era ya religioso.

10 *Sanctæ* quoquè *res*, veluti *muri* et *portæ*, *quadammodò divini juris* sunt, et ideò nullius in bonis sunt (*a*). Ideò autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta sit in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideò et legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus (*b*).

Las cosas santas, cómo los muros y puertas, son bajo cierto punto de vista de derecho divino, y por lo tanto no están en los bienes de nadie (*a*). El nombre de santos que se ha dado á los muros proviene de que los atentados que se cometen para violarlos son castigados con pena capital. Del mismo modo llamamos sanciones á la parte de las leyes en que se establecen penas contra los que las infringen (*b*). 10

---

(1) Principio de la ley 2, tít. VII, lib. VII, del Dig.
(2) Ley 4, tít. XII, lib. XLVII del Dig.
(3) Ley 8, tít. VII, lib. XI del Dig.
(4) Ley 7, tít. VII, lib. XI del Dig.
(5) §. 4, ley 2, tít. VII, lib. XI del Dig.

ORIGENES.

(a) Tomado de Cayo. (§§. 8 y 9, Com. I de sus Inst.)
(b) Conforme con Marciano, Ulpiano y Pomponio. (Leyes 8, 9 y 11, tít. VIII, lib. I del Dig.)

Comentario.

Sanctæ res.—Santo, en su sentido especial y propio de este lugar, era lo *que estaba defendido de la injuria de los hombres*. En esta acepcion se aplicaba á los embajadores el epíteto de *santos*, porque el que los injuriaba de hecho era entregado como esclavo al pueblo que representaban (1), y el de *sacrosantos* á los tribunos de la plebe, porque el que atentaba contra ellos era una víctima consagrada á los dioses infernales. Segun expone Justiniano en este mismo texto, el orígen etimológico de la palabra es *à sanctiendo*, por la sancion penal con que se castigaba á los que infringían las disposiciones de las leyes. El jurisconsulto Marciano (2) da otro orígen á la palabra *santo*, diciendo que viene *à sagminibus*, esto es, de las yerbas que solian llevar los legados de los romanos para que todos los respetaran; yerbas que debian tomarse de las que crecian en las murallas, á las que el texto, como se ha visto, llama tambien santas.

Muri.—La tradicion de la muerte de Remo, aunque se relegue á la fábula este hecho, prueba cuán antigua era entre los romanos la idea de la santidad de las murallas. La pena capital impuesta á sus violadores bastaría para justificar el epíteto de *santas* que se les daba. Los romanos las dedicaban á los dioses medios, á los genios y á los héroes, y al hacer la demarcacion de una nueva ciudad observaban ciertos ritos solemnes, que pueden verse descritos en las *Antigüedades* de Heineccio: así la religion venia á corroborar la idea de la defensa que se debia hacer del pueblo. Por esto la ley prohibia reparar las murallas sin autorizacion del príncipe (3), y castigaba con la pena capital al que las violaba ó escalaba, porque como dice Pomponio, salir por otra parte que las puertas es hostil y abominable (4).

Portæ.—Dábase á las puertas el nombre de *santas* por la sancion penal con que eran castigados los que las violaban. Algunos les niegan este carácter atendiendo solo á los ritos con que los romanos hacian la designacion de la circunferencia del pueblo, pues al llegar á las puertas se levantaba el arado con que la señalaban. Por esto quedaban exen-

---

(1) Ley 17, tít. VII, lib. L del Dig.
(2) §. 1, de la ley 8, tít. VIII, lib. I del Dig.
(3) §. 4 de la ley 9, tít. VIII, lib. I del Dig.
(4) Ley 11, tít. VIII, lib. I del Dig.

tas de la dedicacion, que no creian los romanos conveniente al sitio por donde debian salir los cadáveres y las inmundicias.

Quodammodò divini juris.—Las cosas santas no eran rigurosamente de derecho divino, como las sagradas y religiosas, si bien se equiparaban á estas, porque estaban igualmente exentas del comercio.

11 *Singulorum* autem hominum multis modis res fiunt: quarumdam enim rerum *dominium nanciscimur* jure naturali, quod, sicut diximus, *appellatur jus gentium*; quarumdam jure civili. Commodius est itaque à vetustiore jure incipere. Palàm est autem, vetustius esse naturale jus, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit: civilia enim jura tunc cœperunt esse, cum et civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi cœperunt.

Las cosas se hacen de los particulares por diferentes modos: adquirimos el dominio de algunas por derecho natural, llamado, como hemos dicho, derecho de gentes; y de otras por derecho civil. Mejor es empezar por el derecho mas antiguo, y de consiguiente por el derecho natural, que es coetáneo con la especie humana, y que ha tomado su nacimiento en la naturaleza de las cosas. Los derechos civiles solo tuvieron orígen cuando se comenzaron á fundar ciudades, á crearse magistraturas y á escribirse leyes. 11

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. inicial de la ley 1, tít. I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Antes de comenzar el comentario de este texto creo conveniente emitir algunas doctrinas generales acerca de la clasificacion de derechos reales y personales, que, si bien no formulada por los jurisconsultos romanos, ha sido deducida lógicamente de sus doctrinas, y aceptada generalmente por todos.

No puede concebirse la existencia de un derecho, sin que haya una persona á quien corresponda, y una cosa que sea su objeto; pero á las veces existe además otra persona obligada individualmente á prestar la cosa ó el hecho que tenemos derecho de exigir. En esto radica la teoría de los derechos *reales ó en la cosa (in rem)*, y de los *personales ó á la cosa (ad rem)*, á que tambien se ha denominado *in personam.* Cuando no existe esta última persona obligada individualmente, hay un *derecho real*, y por el contrario, cuando existe lo hay *personal.* Así puede decirse que el *derecho real* compete sin relacion ninguna á otra persona, y por el contrario, el *derecho personal* solo con relacion á una que está obligada á dar ó á hacer alguna cosa: esta diferencia, hija de la misma naturaleza de las cosas, y que por lo tanto se encuentra en todos los paises, conduce á efectos diametralmente opuestos que paso á explicar.

El *derecho real*, considerado en sí mismo, es un derecho absoluto: en él no hay ninguna clase de relacion entre dos personas, y sí solo entre una persona y una cosa: el que tiene el dominio, por ejemplo, ejerce directamente los actos de dueño y dispone libremente de su propiedad; mas si esta se encuentra en poder de otro, que injustamente la detenta, y requerido no quiere entregarla, corresponde entonces al dueño una accion contra el detentador, pero solo en consideracion á que posee: ninguno, pues, le está obligado especialmente, si bien todos tienen el deber negativo de no turbar el ejercicio de su derecho. En los *derechos personales*, por el contrario, siempre existe relacion entre dos personas[1], una que es el sugeto activo, y otra el sugeto pasivo de la obligacion: el que tiene un derecho de esta clase no lo ejerce directa é inmediatamente sobre la cosa, que es objeto de su derecho, sino que lo reclama de aquel que está ligado á la ejecucion.

El derecho real produce la posibilidad legal de disponer de la cosa, lo que le distingue esencialmente de la posesion material, que es la posibilidad física de hacerlo; por lo tanto aquel se conservará aun cuando esta se pierda.

Los derechos en la cosa son el dominio, el derecho hereditario, la posesion, las servidumbres, el derecho enfitéutico, el de superficie, y la prenda ó hipoteca. Considerándolos atentamente, se observa que todos están implícitamente comprendidos en el dominio: efectivamente el derecho hereditario es considerado por las leyes como una especie de propiedad, *quasi dominium*, y la posesion civil, única que corresponde á este lugar, es un dominio fingido por la ley, que da al que lo tiene casi los mismos derechos que por el verdadero competen al propietario. Todos los demás derechos en la cosa deben ser mirados como partes constituyentes de la propiedad, que, desmembrados de esta, corresponden á otro que no es el propietario: por esto es que al definir los modernos cada una de sus especies suelen empezar llamándolos un *derecho constituido en cosa ajena*.

Singulorum.—Con relacion al propietario eran antiguamente consideradas las cosas ya como del suelo romano, ya como del itálico, ya como del provincial; dividíanse tambien en cosas llamados *mancipi* y en cosas *nec mancipi*: divisiones que me limito á indicar en este lugar sin perjuicio de tratar de ellas cuando lo exija la explicacion de los textos.

Dominium.—La propiedad, en su sentido mas lato, comprende todas las cosas que nos pertenecen, bien sean corporales ó incorporales; pero circunscrita solo á las cosas corporales, se denomina *dominio*, palabra que por lo tanto viene á designar una clase de pro-

piedad. El dominio, por su naturaleza ordinària, es un derecho ilimitado y exclusivo: puede definirse *la facultad de poseer, de aprovecharnos exclusivamente, y de disponer de una cosa corporal en términos no prohibidos por las leyes.* Mas no siempre conserva el dominio su naturaleza ordinaria, puesto que frecuentemente el propietario tiene limitada la facultad de disponer, y otras la de aprovecharse exclusivamente de la cosa, sin dejar por esto de ser propietario. De aquí ha nacido la subdivision del dominio: cuando todos los derechos, inherentes naturalmente á la propiedad, están reunidos en la persona del propietario, este tiene el *dominio pleno.* Si la facultad de usar y de gozar de la cosa está separada de la propiedad y trasferida á otra persona como un derecho real, entonces el dominio se llama *no pleno, menos pleno,* ó *nuda propiedad.* Mas aun permaneciendo en el propietario el derecho de disponer de la cosa, y el de aprovecharse de sus productos, puede tener algunas otras limitaciones por la imposicion de ciertas cargas reales introducidas á favor de otras personas, ó de otra propiedad; en este caso se dice que la propiedad es *no libre*, ó que está sujeta á un gravámen.

Nanciscimur.—Los modos de adquirir la propiedad que aquí refiere el Emperador se subdividen en especies subalternas contenidas en cada uno de ellos. Limitándome por ahora á los que él llama de *derecho natural ó de gentes*, diré que segun ellos el dominio se adquiere ó por un hecho nuestro, ó en virtud de una cosa que es nuestra. A la primera clase, que puede designarse genéricamente con el nombre de *ocupacion*, pertenece la caza, la pesca, la especificacion, la invencion y la aprehension de las cosas que carecen de dueño, y aun de las que adquirimos por voluntad y entrega de sus propietarios. A la segunda clase corresponde la adquisicion de las cosas que ó nacen de las que ya tenemos ó vienen á formar un todo con ellas.

Apellatur jus gentium.—No me propongo destruir las antinomias, porque no entra en mi plan ni en mis ideas sostener que Justiniano fué siempre consecuente en sus obras legales: solo observaré cuán diferente es el sentido que da aqui á las palabras derecho natural y de gentes al que les dió en los títulos segundo y tercero del Libro primero de esta misma obra: en ellos el derecho natural y de gentes ya eran diferentes, ya opuestos: en este lugar nos dice que son una misma cosa.

12 *Feræ* igitur bestiæ, et volucres, et pisces, id est omnia animalia, quæ in terrâ, mari, cœlo nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim *illius esse inci-*

Las bestias fieras, las aves y los peces, esto es, todos los animales que pueblan el mar, el aire y la tierra, en el mismo instante en que son cogidos, se hacen por derecho de gen- 12

piunt (*a*): *quod enim ante nullius est*, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias et volucres *utrum in suo fundo* quisque capiat, an in alieno: planè, qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratiâ, potest á domino, si is providerit, *prohiberi, ne ingrediatur*. Quidquid autem eorum ceperis, *eousquè tuum esse intelligitur*, donec tuâ custodiâ coërcetur; cum verò evaserit custodiam tuam, et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit (*b*). Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio (*c*).
13 Illud quæsitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua ese intelligatur. *Quibusdam* placuit, statim tuam esse, et eousquè tuam videri, donec eam persequeris; quod si desieris persequi, desinere tuam esse, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quàm si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent, ut eam non capias (*d*).

tes del aprehensor (*a*), porque la razon natural concede al primer ocupante lo que antes á nadie pertenecia. Poco importa que se coja á los animales fieros ó á las aves en heredad propia ó ajena: mas al que entra en heredad ajena para cazar puede prohibirle la entrada el dueño si lo observa. Todo lo que cogieres se entiende que es tuyo mientras esté en tu poder; mas si se escapase y recobrase su libertad natural deja de ser tuyo y otra vez pertenece al ocupante (*b*). Se entiende que vuelve á recobrar su libertad natural cuando no le alcance tu vista, ó cuando aunque lo veas, sea de tal modo que su persecucion se te haga dificil (*c*).
Se ha disputado si en el caso de que tu hieras á un animal fiero, de manera que pueda ser cogido, ha de entenderse que desde el mismo momento es tuyo. Algunos han sido de opinion de que es tuyo en el instante mismo y mientras continúes persiguiéndolo, y que si dejas de perseguirlo deja de ser tuyo y de nuevo pertenece al primer ocupante. Otros han pensado que solo es tuyo despues que lo has cogido. Nosotros confirmamos esta última opinion, porque suelen ocurrir muchas cosas que te impidan cogerlo (*d*). 13

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 1, ley 1, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*b*) Copiado de Cayo. (Ley 3, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*c*) Copiado de Cayo. (Princ. de la ley 5, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*d*) Tomado de Cayo. (§. 1, ley 5, tít. I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Feræ.—Los animales para el efecto de la adquisicion se dividen en fieros, mansos y amansados. Fieros son *los que, vagando libremente por la tierra, por el mar ó por el aire, son adquiridos por fuerza, por astucia ó por artificio*. Estos pertenecen al primero que de ellos se apodera.

Illius esse incipiunt.—La ocupacion, esto es, la toma de posesion de las cosas que á nadie corresponden, es el primer modo de adquirir la propiedad, y puede decirse que precedió á todos.

Quod enim ante nullius est.—No basta para la adquisicion por medio de la ocupacion que la cosa á nadie pertenezca; es además indispensable que no esté exenta del comercio de los hombres: así las cosas sagradas, santas y religiosas no podian ser adquiridas por el que las ocupaba, aunque, como se ha visto antes, eran *nullius*.

Utrum in suo fundo.—Refiérese el texto solo á los animales fieros que no están bajo nuestra custodia, y reducidos así á nuestro dominio particular, pues que estos, como dice Paulo, son poseidos por nosotros (1).

Prohiberi, ne ingrediatur.—No me parece bastante fundada la opinion de Cujas, que en este caso niega la propiedad de la caza al cazador. Creo por el contrario limitada la accion del dueño á la violacion que se hace de su propiedad.

Eousquè tuum esse intelligitur.—La propiedad, que en el caso presente es resultado de la posesion, únicamente dura mientras esta subsiste: diferencia que separa el dominio que adquirimos en las fieras del de las demás cosas, el cual es independiente de la posesion. Mas para que esta posesion se pierda es necesario que el animal haya recobrado su primitiva libertad, lo cual, como dice el texto, sucede cuando no alcanza á él nuestra vista, ó viéndolo aun, es difícil su captura.

Quibusdam.—Cayo (2) menciona como sostenedor de esta doctrina al jurisconsulto Trebacio, segun cuya opinion cometia hurto el que con ánimo de lucrar aprehendia la fiera herida que otro perseguia.

14 Apium quoquè *natura fera* est. Itaque quæ in arbore tuâ consederint, antequam à te alveo includantur, non magis tuæ èsse intelliguntur, quàm volucres, quæ in tuâ arbore nidum fecerint; ideòque, si alius eas incluserit, is earum dominus erit (*a*). Favos quoquè, si quos eæ fecerint, quilibet eximire potest. Planè, *integrâ re*, si provideris ingredientem in fundum tuum, potes eum jure prohibere, ne ingredia-

La naturaleza de las abejas es tambien fiera. Así las que se han fijado en un árbol tuyo antes de que las encierres en una colmena, no son tuyas, como no lo son las aves que han hecho un nido en tu árbol; por lo que si otro las encerrarse adquiriria su dominio (*a*). Del mismo modo cualquiera podrá tomar los panales que fabricaren. Mas si observares que alguno, antes de encerrarlas, entra en tu heredad, tienes el derecho de 14

(1) §. 14, de la ley 3, tit. II, lib. XLI del Dig.
(2) §. 1 de la ley 5, tit. I, lib. XLI del Dig.

tur (*b*). Examen, quod ex alveo tuo evolaverit, eousquè tuum esse intelligitur, donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus persecutio est: alioquin occupantis fit (*c*).

impedirle la entrada (*b*). El enjambre que vuela de tu colmenar, se ertiende que es tuyo, mientras que está á tu vista y es fácil su persecucion; en otro caso pertenece al primer ocupante (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 2, ley 5, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*b*) Tomado de Cayo (§. 3, ley 5, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*c*) Copiado de Cayo. (§. 4, ley 5, tít. I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Natura fera.—Mientras conservan las abejas su condicion primitiva de fieras son del ocupante: consideradas en los colmenares, se conceptuan amansadas, y, como por regla general sucede con los animales de esta clase, segun se dice en el párrafo siguiente, mientras no recobran su libertad primera siguen la naturaleza de los animales mansos, esto es, están en dominio del dueño del colmenar.

Integrâ rê.—Es decir, antes de apoderarse de las abejas ó de los panales.

15 Pavorum et columbarum fera natura est. Nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam; cervos quoquè ita quidam mansuetos habent, ut in silvas ire et redire soleant, quorum et ipsorum feram ese naturam nemo negat. *In his* autem *animalibus*, quæ ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousquè tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant: nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint (*a*). 16 Gallinarum et anserum non est fera natura. Idque ex eo possumus intelligere, quod aliæ sunt gallinæ, quas feras vocamus, item alii anseres, quos feros appellamus. Id-

15 Los pavos reales y las palomas son igualmente de naturaleza fiera, y no importa que tengan la costumbre de ir y venir, porque las abejas hacen otro tanto, y su naturaleza es fiera indudablemente. Del mismo modo algunos tienen ciervos domesticados, que están acostumbrados á ir al monte y á volver, y nadie niega que sean de naturaleza fiera. Acerca de todos los animales que tienen la costumbre de ir y venir hay una regla general, y es, que se reputan tuyos mientras conservan la intencion de volver; mas si la pierden, dejan de ser tuyos y se hacen del aprehensor. Se considera que han perdido la intencion de volver cuando han cesado en la costumbre de hacerlo (*a*). 16 Las gallinas y los ánsares no son de naturaleza fiera, lo cual podemos conocer porque hay gallinas y ánsares que llamamos fieros. Y así si tus ánsares ó gallinas

eòque si anseres tui, aut gallinæ tuæ aliquo casu turbati turbatæve evolaverint, licèt conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, *tui tuœve esse intelliguntur*; et, qui lucrandi animo ea animalia retinuerit, furtum committere intelligitur (*b*).

espantados por algun accidente volaren, aunque no estén á tu vista, se entiende que son tuyos en cualquier lugar en que se encuentren, y el que los retiene para apropiàrselos comete hurto (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 5, ley 5, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 6, ley 5, tit. I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

In his animalibus.—Establécese en este texto un principio general, que es extensivo al que antecede, como queda ya notado. Los animales que, siendo fieros por su naturaleza, son domesticados por el hombre, siguen los mismos principios que los mansos mientras no recobran su primitiva condicion; mas cuando la adquieren, son ya otra vez del primero que de ellos se apodera.

Tui tuœve esse intelliguntur.—A las reglas que el Emperador habia establecido respecto de los animales fieros y amansados añade aquí otra tercera acerca de los mansos. Esta es, que en cualquiera parte que estén son del que tiene en ellos el dominio, y que por lo tanto no se hacen del aprehensor.

17 Item ea, quæ *ex hostibus* capimus, jure gentium statim *nostra fiunt*: adeò quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

Lo que cogemos de los enemigos es nuestro por derecho de gentes, de tal modo que los mismos hombres libres se reducen á nuestra esclavitud; pero si estos se escapasen de nuestro poder y volviesen á los suyos recobran su estado primitivo. 17

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§§. 7 de la ley 5, é inicial de la 7 del tít. I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Ex hostibus.—La palabra *hostis* se refiere al extranjero no sometido á la dominacion romana; no es extensiva por lo tanto á los ciudadanos, que en tiempo de disensiones civiles eran proscritos, como se ha visto en otro lugar, pero no reducidos á esclavitud.

Nostra fiunt.—Los romanos equiparaban las cosas de los ene-

migos á las que carecian de dueño (1), y por esto establecieron el principio de que eran del primero que de ellas se apoderaba. Sin embargo, esta doctrina no era tan absoluta como da á entender el texto. Pomponio dice (2), que el campo tomado al enemigo era público: lo cual está conforme con el testimonio de la historia. Los romanos consideraban como una ley de la guerra la expropiacion del territorio de los vencidos; quienes continuaban solo en la posesion de sus campos, cuando placia á los vencedores. Generalmente estos terrenos ó se vendian por suertes, ó se repartian gratuitamente en un principio al pueblo, y despues á los soldados y á los veteranos llevados á colonizar: conocidas son las disensiones que suscitaron las leyes agrarias, cuyo objeto era esta propiedad adquirida á nombre y por los sacrificios del pueblo: en lugar mas oportuno expondré el modo con que solian aprovecharla. ¿Cómo, pues, se explica lo que dice el presente texto? La mayor parte de los intérpretes lo aplican solo á las cosas muebles, añadiendo que el Estado conservaba la propiedad de las inmuebles. Mas esto no es exacto: porque leyes hay (3) que le atribuyen tambien la de las cosas muebles. Parece lo mas cierto que los romanos admitian como principio general que la conquista daba al vendedor la propiedad de las cosas muebles que aprehendia; pero en la práctica esto se hallaba modificado, porque obrando el soldado en representacion del pueblo á cuyo nombre y expensas hacia la guerra, adquiria para el Estado y no para sí mismo lo que ocupaba. De aqui es que siempre se reputaba el terreno ocupado como del pueblo, y que á este se reservaba frecuentemente parte de los muebles tomados, repartiéndose otra parte entre los soldados; siendo tambien á veces solo para el aprehensor, cuando este vencia á su contrario en un combate individual.

18 Item lapilli et gemmæ et cetera, quæ in litore *inveniuntur*, jure naturali statim inventoris fiunt.

Del mismo modo las piedras preciosas y los demás objetos que se encuentran en las riberas del mar, se hacen por derecho natural del que los halla. 18

ORIGENES.

Copiado de Florentino. (Ley 3, tít. VIII, lib. I del Dig.)

Comentario.

Inveniuntur.—A esta especie de ocupacion se da generalmente el nombre de *invencion*. La invencion es de dos clases: ó de las

(1) § 1 de la ley 1, tít. II, lib. XLI del Dig.
(2) §. 1 de la ley 20, tít. XV, lib. XLIX del Dig.
(3) Ley 13 del tít. XIII, lib. XLVIII; y ley 30 del tít. XIV, lib. XLIX del Dig.

cosas que no han pertenecido aun á nadie, ó de aquellas que han dejado de tener dueño. El presente texto se limita á las primeras: de las demás hablan los párrafos 39 y 46 de este mismo título.

19 *Item* ea quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure *tibi acquiruntur*.	Adquirimos tambien por derecho natural el parto de los animales sujetos á nuestro dominio. 19

ORIGENES.

Tomado de Florentino. (Ley 6, tít. I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Item.—Suspendiendo aquí el Emperador la doctrina de la ocupacion, y empezando á hablar de la *accesion*, tengo que entrar en el exámen de esta. Primeramente fijaré la significacion jurídica de la palabra: no solo podemos adquirir por un hecho nuestro, sino tambien en virtud de una cosa que nos pertenece: á esto último se da generalmente el nombre de *accesion*. Puede por lo tanto ser definida *el modo de adquirir el incremento de nuestras cosas*. Debo hacer, sin embargo, antes de pasar adelante, algunas observaciones. La palabra *accesion*, considerada en el sentido indicado, no se usa en las leyes romanas, ni por los jurisconsultos romanos: es de los intérpretes, y la admito así por creerla propia para representar ciertos modos legales de adquirir, como para ponerme de acuerdo con la nomenclatura generalmente recibida y adoptada en los códigos modernos, en casi todos los autores que manejan nuestros juristas, y en nuestras escuelas: prefiero así la claridad á una escrupulosidad nimia. Los romanos llamaban *accesion* no á la adquisicion de la propiedad por la adicion de una cosa á otra, sino á la misma cosa añadida: entre los muchos textos que podria aducir para probarlo, me bastará mencionar solo el de Ulpiano (1), *accessio cedat principali*, que por su precision y laconismo ha venido á ser una especie de áxioma jurídico. Si no es, pues, romana la acepcion que generalmente dan los intérpretes á la palabra accesion, menos podrá serlo la division que de esta hacen en natural, industrial y mixta. Semejante division no debe admitirse en mi concepto, porque, además de la bastardía de su orígen, no es exacta ni útil: no es exacta porque no se presentan casos de una mera accesion industrial; no es útil porque no hay diferencia de efectos entre las distintas clases de accesion: así es que está desechada por los modernos jurisconsultos alemanes, belgas y franceses que han escrito acerca del derecho ro-

---

(1) §. 15 de la ley 19, tít. II, lib. XXXIV del Dig.

mano. Ducaurroy y Etienne van mas adelante; niegan que segun los principios romanos sea la accesion un hecho por el que se trasmita y adquiera la propiedad; doctrina impugnada, con razon en mi sentir, por su compatriota Ortolan, apoyado en la autoridad de los jurisconsultos romanos (1). Pero dejando aparte esta cuestion, que, sin alterar en nada los efectos, se limita á si la accesion debe considerarse como un modo de adquirir diferente de la ocupacion, concluiré diciendo, que si bien la palabra *accesion* no ha sido aplicada por los romanos al modo de adquirir que lleva esta denominacion entre los intérpretes, no por eso son menos ciertas las doctrinas que á ella suelen referirse: la diferencia, pues, está solo en la nomenclatura, no en las ideas.

Tibi acquiruntur.—Es una regla general y no limitada á los animales, de que solo habla el texto, que al dueño de una cosa corresponden los frutos que produce: esta es una consecuencia del dominio, que, como se ha dicho antes, da al propietario todos los productos. En los frutos de la tierra no puede haber dificultad; pero respecto de los animales podia dudarse en el caso de ser de diferentes dueños el macho y la hembra. El derecho da exclusivamente el dominio al dueño de la hembra (2): dice Ulpiano con otro motivo (3) que el feto es una parte de las entrañas de la madre, á lo que puede añadirse que si el dueño de la madre adquirió la propiedad del feto como parte integrante de una cosa suya, es claro que debe conservarla despues de separado de ella. Así se explica tambien la razon por que en el caso de que la hembra varíe de dueños la cria es de aquel en cuyo poder se halla al tiempo del parto (4).

20 Præterea, quod per alluvionem *agro tuo flumen* adjecit jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio *incrementum latens.* Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possis, quantum quoquo momento temporis adjiciatur (*a*).
21 Quod si *vis fluminis* partem aliquam ex tuo predio detraxerit, et vicini prædio appulerit: palàm est, eam tuam permanere. Planè si longiore

Por derecho de gentes adquieres 20
lo que el rio por aluvion agrega á tu campo. El aluvion es un incremento insensible: por él se agrega á tu campo lo que se le junta tan paulatinamente, que no puedes saber cuanto se le ha agregado en cada
momento (*a*). Si la fuerza del rio 21
quitase alguna parte de tu terreno y la llevase á la heredad vecina, es claro que debe permanecer tuya. Mas si estuviese adherida por mucho

(1) §§. 4 y 5 de la ley 23, tit. I, lib. IV; ley 8 y §. inic. de la ley 10, tit. IV, lib. VII: dicho §. 13 de la ley 19: ley 29, tit. II, lib. XXXIV; y rúbrica del tit. I, lib. XXII del Dig.
(2) §. 2 de la ley 5, tit. I, lib. VI del Dig.
(3) §. 1 de la ley 1, tit. IV, lib. XXV del Dig.
(4) Ley 66, tit. I, lib. XLI del Dig.

tempore fundo vicini hæserit arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore *videntur vicini fundo acquisitæ esse* (b).

tiempo, y los árboles que llevó arraigasen en campo vecino, el dueño de este lo adquiere todo desde entonces (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 1, ley 7, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*b*) Copiado de Cayo con ligeras alteraciones. (§. 2, ley 7, tít. I, lib. XLI del Digesto.)

Comentario.

Agro tuo.—La doctrina del texto se refiere solo á los campos que tienen un rio como límite natural, no á aquellos cuyos términos están marcados de cualquier modo, como por ejemplo con cercas, con mojones ó con fosos, ó meramente por el señalamiento preciso de la medida del terreno, á los cuales los romanos llamaban *limitados*, *agri limitati* (1). Sé bien que no es esta la significacion que todos los intérpretes dan á la frase *agri limitati*, reduciéndola muchos solo á los campos tomados del enemigo, y repartidos con expresion de la medida; pero mi opinion es que aquellos han tomado como género lo que la ley puso solo como especie; de consiguiente reputo á los terrenos así repartidos como uno de las clases de campos limítados, que no excluye á las otras de que queda hecha mencion. Tambien los intérpretes suelen hablar con este motivo de los campos que llaman *arcifinios*, *arcifinii*, esto es, aquellos que están circunscritos por límites naturales, como montes, rios, arenales ó bosques: no adopto esta denominacion, porque, además de no encontrarla en los jurisconsultos romanos, creo que no conduce á facilitar la inteligencia de las doctrinas que expongo.

Flumen.—El derecho de aluvion se refiere solo á los rios, que tienen el movimiento natural, que da lugar al incremento del terreno: no se extiende á los estanques y á los lagos, que ya aumenten ó ya disminuyan sus aguas, siempre conservan sus límites (2).

Incrementum latens.—Puede verificarse este aumento, ó bien porque las aguas sucesiva y lentamente vayan depositando tierra junto á nuestra heredad, ó porque el rio de un modo imperceptible se vaya retirando de una ú otra de sus riberas. El fundamento de la doctrina del texto está en la imposibilidad de conocer quién sea el dueño de la tierra traida con tanta lentitud, y la justicia de que el que está expuesto á las pérdidas sea el que reporte las ventajas.

---

(1) Ley 16, tít. I, lib. XLI del Dig.
(2) §. inicial, ley 12, tít. I, lib. XLI del Dig.

Vis fluminis.—No se siguen los mismos principios que en el aluvion, cuando se trata de las agregaciones hechas por los rios de una vez, y digámoslo así, con violencia. Mientras los terrenos están sin formar un solo todo, no hay accesion: el dueño primitivo de la parte agregada es conocido, y conserva por lo tanto los derechos que antes le correspondian. Mas si este no reclama, si, abandonando su propiedad, da lugar á que lo que antes eran dos diferentes heredades venga con el tiempo á formar una sola, la ley, como en castigo de su negligencia y para impedir que esté incierto el dominio, da la parte agregada á aquel que á sus ojos tiene la presuncion de ser el dueño verdadero: hay aquí una especie de prescripcion, que se sostiene en los mismos principios que, segun mas adelante se dirá, son el fundamento de esta clase de adquisiciones.

Videntur vicini fundo acquisitæ esse.—Al verter en castellano estas palabras les doy el sentido que legalmente encierran en mi concepto: así es que digo que la adquisicion es extensiva á los árboles y al terreno. No creo que es necesario sustituir á las palabras *videntur acquisitæ* las de *videtur acquisita*, como muchos intérpretes pretenden; porque el sentido gramatical y el legal están perfectamente combinados, dejando íntegra la lectura, si se considera que la expresion *acquisitæ* no se refiere solo á los árboles, sino tambien á la parte agregada del terreno.

22 Insula, quæ in mari nata est, quod raro accidit, *occupantis fit:* nullius enim esse creditur. At in flumine nata, quod frecuenter accidit, si quidem *mediam partem fluminis* teneat, *communis* est eorum, qui ab utrâque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti *proximior* sit, eorum est tantum, qui ab eâ parte prope ripam prædia possident (*a*). Quod si aliquâ parte divisum flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, *ejusdem permanet*
23 is ager, cujus et fuerat (*b*). Quod si naturali alveo in universum derelicto, aliâ parte fluere cœperit, prior quidem alveus *eorum est* qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ latitudo prope ripam sit,

La isla que ha nacido en el mar, 22
lo que raras veces acontece, es del ocupante, porque se reputa que á nadie corresponde. Mas la isla nacida en un rio, lo que es frecuente, si está en medio es comun de los que poseen heredades en una y otra ribera, proporcionalmente á la extension de cada una de ellas á lo largo del rio. Si la isla está mas inmediata á uno de los lados, es solo de los que poseen heredades por aquella parte de la ribera (*a*). Si el rio divide sus aguas en algun punto, y despues las vuelve á reunir dejando en forma de isla alguna heredad, esta permanecerá siendo de aquel á quien primitivamente correspon-
dia (*b*). Si el rio, abandonando por 23
completo su cauce natural, empieza á correr por otra parte, el cauce antiguo corresponderá á aquellos que poseen heredades en sus orillas, pro-

novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publici. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope
24 ripam ejus prædia possident (*c*). Alia sanè causa est, si cujus totus *ager inundatus* fuerit. Neque enim inundatio speciem fundi commutat; et ob id, si recesserit aqua, palàm est, eum fundum ejus manere, cujus et fuit (*d*).

proporcionalmente á la extension de las de cada uno; mas el nuevo cauce es público como el mismo rio. Pero si, despues de algun tiempo, el rio vuelve á su primitivo cauce, el nuevo viene otra vez á ser de los que poseen heredades en sus riberas (*c*). 24
Otra cosa sucede cuando todo un campo es inundado, porque la inundacion no muda su naturaleza. Por lo tanto es evidente que, cuando se retiran las aguas, la heredad pertenece al mismo á que antes correspondia (*d*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§.3, ley 7, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 4, ley 7, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*c*) Copiado de Cayo. (§. 5, ley 7, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*d*) Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 6, ley 7, tít. I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Occupantis fit.—La isla nacida en el mar no da lugar á la accesion, sino á la ocupacion, cuyas reglas se le aplican.

Mediam partem fluminis.—No es necesario en mi concepto que esté exactamente la isla en medio del rio, para que tenga lugar la doctrina del texto, sino que basta que toda ella no esté del lado de una de sus riberas: no hay ley expresa que apoye esta interpretacion, pero la creo necesaria para no suponer que la ley habló de un caso tan raro que quizá jamás se haya ofrecido en la práctica, y la encuentro conforme con el principio que rige en esta clase de adquisiciones.

Communis.—No parece esta doctrina, á primera vista, conforme con el principio que los romanos adoptaron, de que el álveo de un rio era público como el mismo rio (1); sin embargo, no hay en ella ninguna inconsecuencia. En tanto el álveo era público, en cuanto estaba ocupado por el rio; así el terreno particular, por el que la corriente trazaba un nuevo cauce, se hacia público, y por el contrario el cauce abandonado, de público que era antes, se hacia particular (2).

---

(1) §. 5, ley , tít. I, lib. XLI del Dig.
(2) §. 7, ley 1, tít. XII, lib. XLIII del Dig.

Por esto dice Pomponio que el rio, cambiando de cauce, cambia tambien la condicion jurídica de este (1). Reducido, pues, el terreno, en el caso de que habla el texto, á la clase de bienes susceptibles de propiedad, la ley lo atribuyó á los dueños inmediatos, sin duda para compensar los perjuicios que la proximidad misma del rio podia ocasionarles, ó por considerar que la isla sucesivamente se habia formado de la tierra que arrancó á las propiedades inmediatas. Por esta razon, en mi concepto, la isla nacida en el rio no corresponde como accesion á los dueños de las heredades colindantes, cuando los campos son limitados, en el sentido que antes se dió á esta palabra, pues entonces, como dice Ulpiano, corresponde al primero que la ocupa (2).

Proximior.—Esto es, en mi opinion, y siguiendo la interpretacion ya expuesta, cuando toda la isla está mas próxima á una de las riberas del rio.

Ejusdem permanet.—La razon es bien obvia: en nada ha afectado el diferente curso del rio á la propiedad que no ha sido ocupada por él.

Las doctrinas que dejo manifestadas no tienen aplicacion alguna á las islas, que, formadas de materias ligeras aglomeradas, se mantienen flotantes en los rios sin tocar á su fondo y adherirse á él: estas, dice Labeon (3), son públicas como el mismo rio.

Eorum est.—Aquí aplicaron tambien los romanos el principio de la accesion, siguiendo reglas análogas á las que he expuesto al hablar de las islas que nacen en los rios. Me parece demasiado dura su doctrina, y creo que mas justo fuera que el antiguo cauce se adjudicara á los que eran dueños del terreno que el rio ocupó. La poca equidad del texto resalta especialmente en sus últimas palabras: segun ellas si el rio ocupa una propiedad particular y despues cambia nuevamente de cauce, el álveo abandonado no corresponde al antiguo dueño, sino á los que lo son de las heredades colindantes. No encuentro ninguna razon que me convenza de que en esta adjudicacion haya justicia. Parece que así lo creia tambien Cayo, cuando despues de poner las palabras del texto que copia el Emperador, añade otras que indican bien claramente que la doctrina que establecia, para salvar la consecuencia de los principios, difícilmente tendria aplicacion práctica.

Ager inundatus.—A diferencia de la mutacion de álveo, las creci-

(1) §§. 2 y 3, ley 30, tit. I, lib. XLI del Dig.
(2) §. 5, ley 1, tit. XII, lib. XLIII del Dig.
(3) §. 2 de la ley 65, tit. I, lib. XLI del Dig.

das de los rios, ya por salir estos de madre, ó ya por las nieves, por las lluvias, ó por cualquier otro motivo, no introducen ninguna alteracion en el derecho de propiedad, puesto que la ocupacion es momentánea y en nada cambia la forma de las heredades, si bien suele perjudicarlas de un modo considerable.

25 Cum ex alienâ materiâ *species* aliqua *facta* sit ab aliquo, quæri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potiùs, qui materiæ dominus fuerit: ut ecce, si quis ex alienis uvis aut olivis aut *spicis* vinum aut oleum aut *frumentum* fecerit, aut ex alieno auro, vel argento vel ære vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex alienâ lanâ vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellium fabricaverit. Et post multas *Sabinianorum et Proculeianorum ambiguitates* placuit *media sententia* existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerat, si non possit reduci, *eum potiùs intelligi dominum*, qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam æris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest (*a*). Quod si partim ex suâ materiâ, partim ex alienâ speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex suâ et alienâ lanâ vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu *eum esse dominum, qui fecerit:* cum non solùm operam suam dedit, sed et partem ejusdem
26 materiæ prestavit (*b*). Si tamen *alie-*

Cuando alguno hace una cosa 25
nueva con materiales ajenos, suele disputarse quièn por razon natural es su propietario, si el que la hizo, ó aquel á quien pertenecian los materiales; por ejemplo, si con uvas ó aceitunas ajenas hubiese alguno hecho vino ó aceite, ó hubiere sacado grano de espigas ajenas, ó hubiere fabricado un vaso con oro, plata ó hierro de otro, ó hubiere hecho una mezcla de vino y miel que no eran suyos, ó un emplasto ó un colirio con drogas ajenas, ó un vestido con lana ajena, ó una nave, un armario ó una silla con tablas ajenas. Ha prevalecido, despues de muchas cuestiones entre los Sabinianos y Proculeyanos, la opinion de los que, tomando un término medio, juzgan que si la especie puede reducirse á su primitivo estado, debe ser propietario el que lo era cuando este subsistia; y si no puede ser reducida á él, se entiende mas bien que es dueño el que la hizo; por ejemplo, el vaso fabricado puede ser reducido á una masa informe de hierro, de plata ó de oro; mas el vino, el aceite y el pan no pueden volver á su primitivo estado de uva, aceitunas ó espigas, ni la mezcla de vino y miel puede descomponerse (*a*). Mas si alguno hiciese una especie nueva, en parte con materiales suyos, en parte con ajenos, como una mezcla de vino suyo y miel ajena, ó un emplasto ó colirio con drogas suyas y ajenas, ó un vestido con lana suya y ajena, no hay duda de que en este caso el que la hizo debe ser pro-

nam purpuram quis intexuit *suo vestimento, licèt pretiosior* est purpura, *accessionis vice* cedit vestimento; et, qui dominus fuit purpuræ, *adversus eum, qui subripuit,* habet *furti actionem* et *condictionem*, sive ipse est, qui vestimentum fecit, sive alius. Nam *extinctæ res,* licèt vindicari non possint, condici tamen à furibus et à quibusdam aliis possessoribus possunt (*c*).

pietario, porque no solo puso su trabajo, sino tambien parte de sus materiales (*b*). Si alguno empleó la púrpura ajena en el vestido propio, aunque la púrpura es mas preciosa, cede al vestido como accesion. Mas el que era su dueño tiene contra aquel que se la quitó, la accion de hurto y la *condiccion*, bien sea él ú otro el que ha hecho el vestido, porque las cosas extinguidas, aunque no puedan ser reivindicadas, pueden reclamarse por una accion personal, que compete contra el ladron y contra cualquier otro que las posea (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 7, ley 7, tít I, lib. XLI del Dig.)
(*b*) Conforme con Pomponio. (§. inicial, ley 27, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*c*) Conforme con Cayo. (§. 79, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Species facta.—Para designar el modo de adquirir de que habla el texto, los intérpretes han formado la palabra *especificacion*, que no se encuentra usada por los jurisconsultos romanos. Si bien conozco la ilegitimidad de su orígen, no la contradigo ni la evito, porque no deseo con nuevas nomenclaturas causar confusion, ni retraer así á algunos de consultar la literatura jurídica, que enriquece la ciencia. La especificacion es otro modo de adquirir, no en virtud de la ocupacion ni de la accesion, como han pretendido algunos jurisconsultos, sino de la creacion de una cosa que antes no existia.

Spicis frumentum.—Al tomar Justiniano la mayor parte de este texto del jurisconsulto Cayo, pone, como él, entre otros ejemplos de la especificacion ó de la formacion de la nueva especie, el grano separado de la espiga: Cayo sin embargo no considera en esto una verdadera especificacion, como dice despues, porque en tal caso solo hay el descubrimiento de lo que antes existia.

Sabinianorum et Proculeianorum.—De estas sectas de jurisconsultos he hablado ya en la Introduccion histórica del derecho romano.

Ambiguitates.—Los Proculeyanos, fundándose en que se habia extinguido la cosa primitiva, y dando mas importancia á la forma que á la materia, atribuian la propiedad de la cosa trasformada al que con

su industria habia hecho la especificacion: los Sabinianos, por el contrario, decian que debia ser nuestro lo que se hacia de cosa nuestra, y tenian por injusto que sin el hecho del dueño se traspasase á otro la propiedad.

Media sententia.—En medio de esta cuestion que dividia las escuelas de Próculo y Sabino empezó á prevalecer una opinion, que, colocándose entre las dos sectas, fué seguida despues por la mayor parte de los jurisconsultos; la misma que, adoptada por Justiniano, está expuesta en el texto, si bien no deja de aparecer en el Digesto algun vestigio de las antiguas diferencias.

Eum potiùs intelligi dominum.—Esto es, se reputa como dueño al que ha hecho la nueva especie ó la ha mandado hacer en su nombre, como dice Cayo en sus Comentarios (1). Desde luego aparece que aquí se trata de la especie hecha sin el conocimiento del dueño de la materia, porque si este interviene, la voluntad de las partes servirá de regla para la adquisicion. Resta tambien manifestar si es extensiva la doctrina del texto al especificante con mala fé, esto es, al que sabia que la materia que empleaba correspondia á otro. El derecho de Justiniano no da una resolucion expresa; en su silencio, y considerando que las doctrinas de este texto están tomadas del jurisconsulto Cayo, de suerte que, sin peligro de error, pueden ser adoptadas por completo (2), opino que el especificante de mala fé hace suya la cosa, si bien, como que realmente ha cometido un hurto, no se libertará de la accion penal que contra él compete, ni de la *condiccion*, esto es, de la obligacion personal, en virtud de la que puede ser obligado á satisfacer la estimacion de lo hurtado. Mas como esto ha perecido, no puede haber reivindicacion, por falta de cosa que sea su objeto.

Eum esse dominum, qui fecerit.—Estas palabras del texto, usadas de un modo tan absoluto, parecen contrapuestas á la division que antes hace de las cosas segun que pueden ó no pueden reducirse á su primitivo estado. Así debo confesar que la opinion general, que establece que en uno y otro caso es dueño de la nueva especie el que la hizo mezclando materiales suyos y ajenos, no está destituida de fundamento. Paréceme, sin embargo, mas fuerte la opinion contraria, aunque no es la mas seguida, y de consiguiente que la doctrina del texto se limita á las cosas que no pueden volver á su primer estado: lo cual se confirma con la autoridad de los jurisconsultos Ulpiano (3),

---

(1) §. 7, de la ley 7, tít I, lib. XLI del Dig.
(2) §. 79, Comentario II de sus Inst.
(3) §. 2 de la ley 5, é inicial de la ley 5 del tít I, lib. VI del Dig.

Paulo (1) y Calistrato (2). Añadiré, por último, que este mismo texto, si bien no es favorable á mi opinion, tampoco la contradice al usar de ejemplos que se refieren todos á cosas que no pueden volver á su primitivo estado.

Alienam purpuram suo vestimento.—Los intérpretes han dado á esta clase de uniones el nombre de *adjuncion*. Como el caso de que habla el texto es solo un ejemplo de ella, conviene generalizar las doctrinas, porque hay ciertas reglas que son aplicables á las diferentes clases de adjuncion que suelen enumerarse. El principio que aquí se sigue es el siguiente: cuando dos cosas se han unido de tal modo que su separacion es imposible, ó habria de ocasionar el deterioro de una de ellas, el propietario de la principal adquiere la propiedad de la accesoria. Cuando la separacion es realizable, no hay lugar á esta doctrina, puesto que el dueño de la cosa accesoria puede entablar la accion *ad exhibendum*, y reivindicar despues la cosa como propia (3). Hay diferentes clases de adjuncion, y de algunas trata el Emperador en otros párrafos de este mismo título: efectivamente, esta union puede hacerse ó bordando, ó soldando, ó pintando, ó escribiendo, ó edificando, ó plantando, ó sembrando; debe cuidarse, sin embargo, de no confundir la adjuncion con la especificacion, que, como se ha visto, supone la formacion de una nueva especie, puesto que son diferentes los principios que rigen en ellas para la adquisicion de la propiedad.

Licèt pretiosior.—No es el valor de las cosas el que les da el carácter de principales ó accesorias: se entiende por principal lo que es esencial, y por accesorio lo que solo es ornato ó complemento (4).

Accessionis vice.—Aquí está usada la palabra *accessio* en el sentido que, segun se dijo antes, tenia entre los romanos, esto es, el de *cosa accesoria*.

Adversus eum, qui subripuit.—Justiniano habla solo del caso en que haya habido mala fé por parte del que hizo la union, y reconociendo en este el dominio, cuando es dueño de la cosa principal, lo sujeta por su delito á la pena correspondiente, y á la accion personal emanada de la obligacion civil que todos tenemos de reparar el mal que ocasionamos. ¿Y qué sucederá en el caso de que la adjuncion fuera hecha de buena fé? Quedará al dueño antiguo de la cosa accesoria una accion personal *in factum*, para conseguir su justa indemniza

---

(1) Ley 4 del mismo título y libro.
(2) §. 1 de la ley 12, tít. I, lib. XLI del Dig.
(3) Ley 6 y §. 1 de la ley 7, tít. IV, lib. X; y §. 5 de la ley 23, tít. I, lib. VI del Dig.
(4) §. 13, ley 19, tít. II, lib. XXXIV del Dig.

cion; pues nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro. No me detendré mas en esta materia para evitar la confusion que pudiera causar el exponer prematuramente doctrinas acerca de las acciones.

Furti actionem.—Sin anticipar ideas, me limitaré aquí á decir que esta era la accion penal que competia contra el que habia cometido un hurto.

Condictionem.—Esto es, la accion personal por la que el que hurta está obligado á la indemnizacion de lo que se ha apropiado indebidamente.

Extinctæ res.—No se extingue materialmente la cosa accesoria, en virtud de la adjuncion; pero perece legalmente para su antiguo dueño, que pierde su propiedad.

27 Si duorum materiæ ex *voluntate dominorum confusæ sint*, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque *commune est*, veluti, si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed et, si diversæ materiæ sint, et ob id propria species facta sit, fortè ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, *idem juris est:* nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. *Quod si fortuitu*, et non voluntate dominorum, confusæ fuerint, vel diversæ materiæ, vel quæ ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit (*a*).

28 Quod si frumentum Titii tuo frumento *mixtum fuerit*, si quidem ex *voluntate vestrâ, commune erit*, quia singula corpora, id est singula grana, quæ cujusque propria fuerint, ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine voluntate tuâ, non videtur commune esse, quia *singula corpora in suâ substantiâ durant*, nec *magis* istis casibus *commune* fit frumentum, *quâm grex* communis esse intellegitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint; sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio *pro modo frumenti* cujusque competit,

Si los dueños confundiesen voluntariamente materias, que respectivamente les pertenezcan, todo el cuerpo que resulte formado de la confusion es comun de ambos, como si mezclasen sus vinos ó fundieren juntamente oro ó plata. Lo mismo acaece si son diferentes las materias, y se hace por lo tanto una especie nueva, como sucede con la mezcla de vino y de miel, ó con el electro compuesto de oro y de plata; porque en este caso no hay duda de que la nueva especie es comun. Igual regla tiene lugar si la confusion de diversas materias, ó de materias de una misma especie, se ha verificado por azar, y no por voluntad de los dueños (*a*). 27

28 Cuando se han mezclado tus granos con los de Ticio, si fuese por voluntad de ambos, la mezcla será comun, porque cada uno de los cuerpos, esto es, cada grano, que antes era propio de uno solo, se hace comun por vuestro consentimiento. Mas si se hubiesen mezclado por acaso, ó por un hecho de Ticio sin tu voluntad, la mezcla no es comun, porque cada grano conserva separadamente su propia existencia; en estos casos los granos no son comunes, como no lo seria el ganado, por haberse mezclado las cabezas del tuyo con las del de Ticio. Mas si uno de

arbitrio autem judicis continetur, ut is æstimet, *quale cujusque frumentum* fuerit (*b*).

vosotros poseyese todo el grano mezclado, corresponderá al otro la accion real con proporcion á la cantidad que tenga en el acervo, perteneciendo al arbitrio del juez apreciar cual era la calidad del grano de cada uno (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§§. 8 y 9, ley 7, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial de la ley 5, tít. I, lib. VI del Dig.)

Comentario.

Voluntate dominorum.—El caso de confundirse las cosas por voluntad de los dueños no pertenece realmente á este lugar, puesto que la comunion no nace entonces de la confusion de las cosas, sino del consentimiento de las partes.

Confusæ sint.—Los modernos han dado el nombre de *confusion* á la mezcla de cosas líquidas ó liquidadas, y de *conmistion* á la de las cosas sólidas; mas los romanos empleaban indistintamente las palabras *miscere* ó *commiscere*, y *confundere* (1).

Commune est.—La confusion voluntaria produce una sociedad de dominio entre los dueños primitivos de cada una de las especies que se juntaron: la equidad dicta que las partes de este dominio sean proporcionadas á la cantidad y al valor de las cosas que forman el todo. Una vez establecida esta comunidad, se siguen las reglas del condominio, y por lo tanto para dividirlo tiene cada uno de los condueños la accion *communi dividundo* (2).

Idem juris est.—Háblase aqui de la especificacion hecha por voluntad de los dueños primitivos: si esta no interviene, se siguen las reglas generales que antes quedan explicadas.

Quod si fortuitu.—La confusion fortuita es la que realmente corresponde á este lugar, como tambien la que se hace solo por voluntad de uno de los dueños de las primeras materias, cuando la mezcla es de cosas de una misma especie, es decir, cuando no hay *especificacion.* Justiniano no habla aqui de este último caso; pero parece indudable que debe ser comun la mezcla efectuada (3).

---

(1) §. 2, ley 3: §§ inicial y 2 de la ley 5, tít. I, lib. VI, y §. 8, ley 7, tít. I, lib. XLI del Digesto.
(2) Ley 4, tít. I, lib. VI del Dig.
(3) §. 2 de la ley 3, y ley 4, tít. I, lib. VI del Dig.

Mixtum fuerit.—Como aparece de la simple lectura del texto, todo él se refiere á la mezcla de cosas sólidas, esto es, á la *conmistion* en el idioma jurídico de hoy. Cada uno de los cuerpos que la constituyen conserva una naturaleza separada é independiente del otro, motivo por el que no se siguen siempre los principios establecidos para la confusion, en la que, como se ha visto, venia á formar un solo todo lo que antes pertenecia á dos personas diferentes.

Voluntate vestrâ.—En este caso, como en la *confusion*, cuando la mezcla se verifica por voluntad de los interesados, de ella toma su fuerza la sociedad ó comunidad de dominio; así es que realmente no corresponde á este lugar toda la doctrina que aquí expone el Emperador, sino solo la que se refiere á la *conmistion* ejecutada por acaso ó solo por voluntad de uno de los dueños.

Commune erit.—Existiendo en este caso una verdadera comunion de dominio, podrá cualquiera de los condueños solicitar la particion por la accion *communi dividundo.*

Singula corpora in suâ substantiâ durant.—Esto es, no hay en el acervo comun ninguna parte que atraiga á sí á la otra.

Magis commune, quàm grex.—Siguiendo el rigor de los principios, establece Justiniano la doctrina del texto, á pesar de que es inaplicable en la práctica. No pueden separarse los granos de trigo mezclados en un monton, como las cabezas de ganado, que por la calidad y marcas pueden conservar siempre señal de su procedencia. Así es que el mismo Justiniano establece á continuacion diferente doctrina, al querer que se parta el acervo con proporcion á la cantidad y á la calidad de los granos, que correspondian primitivamente á cada uno de los dueños.

Pro modo frumenti.—Reteniendo cada uno el dominio de sus granos, es claro que le compete tambien la reivindicacion para reclamarlos de cualquier poseedor en cuyo poder se hallen; pero siendo imposible hacer la separacion por granos, la accion tendrá por objeto obtener del acervo la parte de ellos que le corresponda.

Quale cujusque frumentum.—Para hacer la distribucion no solo debe atenderse á la cantidad, sino tambien á la calidad del grano mezclado: si hubiera divergencia entre las partes, el juez con su prudente arbitrio debe determinar lo que la equidad aconseje. Se vé, pues, que Justiniano, en último resultado, despues de establecer que en la mezcla de granos no hay comunidad de dominio, no puede negar que de hecho existe, y que no son aplicables las reglas que tendrian lugar si los dominios fueran del todo independientes y separados, como en el caso de mezclarse las ovejas de dos ganados correspondientes á diversos dueños, que tan inoportunamente aduce como simil.

29 Cum in suo solo aliquis ex alienâ
materiâ ædificaverit, ipse dominus in-
telligitur ædificii, quia omne, *quod
inædificatur, solo cedit. Nec* tamen
ideò is, qui materiæ dominus fuerat,
desinit ejus *dominus esse;* sed tantis-
per *neque vindicare* eam potest, ne-
que *ad exhibendum* de eâ re agere,
propter legem duodecim tabularum,
quâ cavetur, ne quis tignum alienum
ædibus suis injunctum, eximere co-
gatur, sed *duplum pro eo præstet*
per actionem, quæ vocatur *de tigno
injuncto* (appellatione autem *tigni* om-
nis materia significatur, ex qua ædifi-
cia fiant): quod ideò provisum est, ne
ædificia rescindi necesse sit. Sed si
aliquâ ex causâ dirutum sit ædifi-
cium, *poterit materiæ dominus, si
non fuerit duplum* jam *persecutus,*
tunc eam vindicare, et ad exhiben-
30 dum de eâ re agere (*a*). Ex diverso,
si quis in alieno solo suâ materiâ do-
mum ædificaverit, illius fit domus,
cujus et solum est. Sed hoc casu mate-
riæ dominus *proprietatem* ejus *amit-
tit,* quia *voluntate ejus alienata* in-
telligitur, utique si non ignorabat, in
alieno solo se ædificare; et ideó, licèt
diruta sit domus, vindicare materiam
non possit. Certè illud constat, *si, in
possessione constituto ædificatore,*
soli dominus petat, domum suam es-
se, nec solvat pretium materiæ et
mercedes fabrorum, posse eum per
exceptionem *doli mali* repelli; utique
si bonæ fidei possessor fuit, qui ædifi-
casset: nam *scienti alienum esse* so-
lum, potest culpa objici, quod temerè
ædificavit in eo solo, quod intelligeret
alienum esse (*b*).

El que edifica en terreno suyo con 29
materiales ajenos es dueño del edifi-
cio, porque cede al suelo cuanto se
edifica en el suelo. Pero no por esto
deja de ser dueño de los materiales
el que lo era, sino que mientras for-
man parte del edificio no puede rei-
vindicarlos ni entablar la accion *ad
exhibendum*, porque la ley de las
doce tablas previene que ninguno sea
obligado á quitar los materiales aje-
nos de su casa, sino á pagar el duplo,
en virtud de la accion llamada *de
tigno injuncto* (bajo la palabra *tig-
num* se comprende toda clase de
materiales que se emplean en edifi-
car): lo cual se ha establecido para
evitar la necesidad de demoler los
edificios. Mas si por cualquier causa
se arruina lo edificado, el dueño de
los materiales, si no hubiese recla-
mado el duplo, podrá reivindicarlos
y entablar la accion *ad exhiben-
dum* (*a*). Por el contrario, si alguno 30
edificare en suelo ajeno con materiales
propios, el propietario del suelo ven-
drá á ser el propietario del edificio.
En este caso el dueño de los mate-
riales pierde su propiedad, porque se
entiende que los ha donado, si no ig-
noraba que edificaba en suelo ajeno:
por lo tanto no podrá reivindicarlos
ni aun despues de destruido el edifi-
cio. Si, poseyendo el constructor el
edificio, se presenta el dueño del ter-
reno pidiéndolo como suyo, sin pa-
gar el precio de los materiales y la
mano de obra, puede ser repelido
por la excepcion de dolo, en el caso
que el poseedor hubiera edificado con
buena fé. Mas al que sabia que el ter-
reno era ajeno se podrá objetar co-
mo culpa haber imprudentemente
construido sobre heredad que cor-
respondia á otro (*b*).

ORIGENES.

(a) Copiado en su mayor parte de Cayo. (§. 10, ley 7, tit. I, lib. XLI del Dig.)
(b) Tomado de Cayo. (§. 12, ley 7, tit. I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Quod inædificatur, solo cedit.—Esta es la aplicacion del principio general, antes enunciado, segun el que lo accesorio sigue á lo principal. Entiéndese aquí por suelo, no precisamente el terreno en que se edifica, sino tambien la parte del edificio sobre la que se construye.

Nec desinit dominus esse.—Este texto parece contradictorio, porque segun su principio los materiales ceden al edificio, y las palabras que ahora explico dicen expresamente que el dueño antiguo de ellos conserva su propiedad. Los jurisconsultos romanos salvan sutilmente esta contradiccion (1), considerando al dueño del suelo como propietario del edificio en conjunto, por consiguiente tambien de todos y de cada uno de los materiales que le componen; pero considerados estos por sí solos, esto es, cuando dejan de ser partes integrantes del edificio, reputan como dueño al que lo era primitivamente. Así, el propietario del suelo viene á tener únicamente un dominio revocable en los materiales ajenos que empleó.

Neque vindicare.—Si, como se ha visto, el que fué dueño de los materiales en tanto recobra su propiedad en cuanto han dejado de constituir parte del edificio, es una consecuencia indeclinable que en el tiempo intermedio estará privado de los derechos de dueño, y por lo tanto de la facultad de disponer, de reivindicar y de hacer cuanto es inherente al derecho de la cosa, que ha perdido, al menos temporalmente.

Ad exhibendum—Para entablar eficazmente esta accion seria necesario que pudiera compelerse al propietario á la destruccion del edificio con objeto de poner de manifiesto los materiales; no permitiendo esto la ley, es claro que tampoco tenia lugar la accion *ad exhibendum.*

Propter legem duodecim tabularum.—Este fragmento de la ley de las Doce Tablas ha llegado hasta nosotros. Festo nos lo trasmite en estos términos: *Tignum junctum ædibus vineæque et concapet ne solvito.* El objeto de la ley era proteger la propiedad urbana y la industria agrícola: así, al mismo tiempo que se consagraba el principio de que, á título de haberse empleado materiales ajenos, no podia demolerse un

---

(1) §. 11, ley 7, tit. I, y §. 2 de la ley 23, tit. III, lib. XLI del Dig.

edificio, evitándose de este modo que la ciudad se afease con ruinas, se impedia que con igual motivo se perjudicase á la cultura de las viñas, quitando los estacas que sostenian los emparrados.

Duplum pro eo præstet.—De este modo creyó la ley conciliar los intereses del dueño de los materiales y del dueño del suelo. El de los materiales era largamente indemnizado por el duplo que recibia: el del suelo se libertaba de un perjuicio infinitamente mayor, la demolicion del edificio. Esta accion del duplo tenia lugar contra el edificador de buena fé, esto es, el que creia que edificaba con materiales propios. Mas contra el edificador de mala fé podia entablarse la misma accion, ó la de hurto, por el que se habia cometido: Ulpiano (1) dice que contra él tenia tambien lugar la accion *ad exhibendum*, no como poseedor, pues realmente no hay posesion de una cosa que la ley supone que individualmente ha perecido refundiéndose en otra, sino porque dejó de poseer por dolo; el efecto de esta accion seria que, no pudiendo exhibir, fuera condenado por el juez á la indemnizacion.

De tigno injuncto.—El texto de la ley de las Doce Tablas que estableció esta accion no ha llegado á nosotros: solo sabemos su orígen por la tradicion de los jurisconsultos romanos. Vangerow es de opinion que la accion de *tigno juncto* solo podia ser intentada cuando habian sido hurtados los materiales empleados en la construccion: aunque no desconozco la fuerza de sus razones, creo que el texto no permite hacer esta diferencia.

Tigni.—Ulpiano deriva la palabra *tignum*, *à tegendo*, y dice que bajo esta denominacion se comprenden todos los materiales necesarios para los edificios y para las viñas, poniendo como ejemplos las tejas, las piedras, la cal y la arena.

Poterit materiæ dominus.—Destruido el edificio, cesa el dominio revocable, que como se ha visto, tenia por límite la duracion de aquel. El primitivo dueño de los materiales, recobrando por completo toda su propiedad, podia reivindicarlos y entablar la accion *ad exhibendum*, como consecuencia del derecho que habia revivido.

Si non fuerit duplum persecutus.—El que ya estaba completamente indemnizado perdia todo derecho ulterior. Si el edificante pagaba el duplo, se hacia irrevocable el dominio que no lo era antes.

Cujus et solum.—Respecto á la propiedad del edificio siempre prevalece el principio de que corresponde al señor del suelo, en cuantas hipótesis se presentan.

Proprietatem amittit.—Esta doctrina, que el Emperador presenta aquí de un modo tan absoluto, está modificada despues aun en el mis-

---

(1) §. 2, de la ley 1, tít. III, lib. XLVII del Dig.

mo texto; y como se verá mas adelante, tiene otras limitaciones de que no hace mencion.

Voluntate ejus alienata.—Esto se entiende en el caso de que el dueño de los materiales no ignorase, como despues dice Justiniano, que edificaba en terreno ajeno: el texto, por lo tanto, se refiere solo al edificante con mala fé, es decir, al que sabia que no era dueño del terreno ó del edificio sobre que construia. Esta doctrina se funda en una presuncion de derecho, en virtud de la cual se supone que el que á sabiendas edifica en propiedad ajena tiene la intencion de donar: mas siempre que esté en contrario la realidad, cesa la ficcion de la ley; y lo que es mas, hay ocasiones en que esta ficcion desaparece ante otras á que da el derecho mayor fuerza. Así el que compró con buena fé un solar y despues edificó cuando sabia ya que era ajeno, se entiende que lo hizo en la esperanza de la prescripcion (1); y por esto sin duda la ley le permite sacar los materiales que empleó, con tal que no cause gastos ni perjudique al dueño del solar: así el que arrendó una casa puede obtener las mejoras necesarias ó útiles que hizo (2), porque no se presume que su intencion era el donar, sino proporcionarse mayores comodidades: así tambien una constitucion del Emperador Antonino (3) establece que, despues de destruido el edificio, el edificante de buena ó mala fé recobre el dominio de los materiales que empleó, si no lo hizo con intencion de donarlos: y así por último, como se verá mas adelante, el poseedor de mala fé saca los gastos que han hecho mejor la condicion de la finca. De todo esto se infiere que no es la presuncion de donacion, de que habla el texto, tan universal como de su tenor aparece.

Si, in possessione constituto ædificatore.—Mientras está en pié el edificio, no tiene el edificador de mala ó de buena fé ningun medio para obtener los materiales que empleó, puesto que, como antes queda dicho, la ley de las Doce Tablas prohibia compeler al dueño á la demolicion. Queda solo, pues, por averiguar si podrá recuperar su valor: Justiniano dice aquí que el edificador de buena fé, si está en posesion de la finca, puede retenerla mientras no pague el propietario las mejoras, á cuyo efecto podrá oponer una excepcion á la demanda. Sin anticipar doctrinas acerca de las acciones y excepciones, que no son de este lugar, me limitaré á lo indispensable para la inteligencia del texto. El dueño del edificio, ó sea en este caso el del solar, puede en virtud de su propiedad reivindicarla de cualquier persona en cuyo poder

---

(1) Ley 37, tít. VI, lib. I del Dig.
(2) §. 1 de la ley 55 del tít. II, lib. XIX del Dig.
(3) Ley 2, tít. XXXII, lib. III del Cód.

se halle: si lo hace, *petat domum suam*, y no satisface los gastos de la edificacion, podrá el edificante sostenerse en la tenencia de la cosa, oponiendo á la demanda una excepcion, esto es, invocando en su apoyo la justicia de ser reembolsado de los gastos hechos, y manifestando la injusticia de que el dueño del solar se enriquezca en perjuicio suyo, lo que solo puede pretenderse con dolo y violacion de la equidad natural, *per exceptione doli mali*. Cuando el edificador de buena fé no posee, no tiene en el derecho romano ninguna accion mientras está en pié el edificio: esta es mi opinion, conforme con la de la mayor parte de los intérpretes, de la que disienten otros, entre los cuales debo hacer mencion especial del célebre Cujas, cuya autoridad para mí siempre es respetable; pero destruido el edificio, indudablemente renace en el dueño de los materiales el dominio, que solo habia perdido de un modo revocable.

Doli mali.—Ulpiano (1) da la razon del epíteto de *malo*, que se aplica al dolo: sus palabras son las siguientes: *No se contentó el pretor con decir «dolo» sino que añadió «malo», porque los antiguos tenian tambien la denominacion de «dolo bueno», que significaba las estratagemas, especialmente para defenderse de los enemigos y de los ladrones.*

Scienti alienum esse.—Segun la última parte del texto ninguna indemnizacion parece que tiene el que edificó con mala fé: tal era el principio riguroso, modificado despues por la equidad. En este mismo comentario dejo demostrado que no es la regla tan absoluta, y ahora añadiré que puede el poseedor de mala fé sacar los gastos necesarios y aun los útiles que mejoraron la cosa, así como el poseedor de buena fé los saca todos (2).

31 Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, *ipsius erit;* et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit, *si modo* utroque casu *radices egerit.* Antequam autem radices egerit, ejus permanet, cujus et fuerat. Adeò autem, ex quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut, si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices ageret, Titii effici arborem dicimus: rationem etenim non permittere, ut alte-

Si Ticio pone en su terreno una planta que correspondia á otro, será suya, y por el contrario, si Ticio pusiese una planta en el terreno de Mevio sera de Mevio, con tal que en uno y otro caso la planta haya echado raices, porque hasta entonces continúa siendo de aquel á quien antes pertenecia. De tal modo la propiedad cambia desde que la planta se arraiga, que si un árbol del vecino está tan inmediato á la heredad de Ticio que echa en ella sus raices, 31

(1) §. 5 de la ley 1, tít. III, lib. IV del Dig.
(2) Ley 38, tít. III, lib. V del Dig., y ley 5, tít. XXXII, lib. III del Cód.

rius arbor esse intelligatur, quàm *cujus in fundum radices egisset.* Et ideò propè confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices
32 egerit, *communis fit* (*a*). Quâ ratione autem plantæ, quæ terrâ coalescunt, *solo cedunt*, eâdem ratione frumenta quoquè, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Ceterum sicut is, qui in alieno solo ædeficaverit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundùm ea, quæ diximus: ita, ejusdem exceptionis auxilio, tutus esse potest is, qui in alienum fundum suâ impensâ bonâ fide conseruit (*b*).

el árbol se hace propiedad de este, porque la razon no permite que pertenezca mas que aquel en cuyo terreno se hubiere arraigado. De aquí se sigue que un árbol puesto en el confin de dos heredades es comun, si tambien extiende sus raices
al campo vecino (*a*). Los granos sem- 32
brados ceden al suelo por la misma razon que las plantas arraigadas. Mas así como el que ha edificado en terreno ajeno, segun hemos manifestado, puede defenderse por la excepcion de dolo, cuando el dueño reclama el edificio, del mismo modo puede hacerlo el que, á sus propias expensas, plantó de buena fé en campo de otro (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 13, ley 7, *tít.* I, lib. XLI del Dig.)
(*b*) Copiado de Cayo. (§. inic. de la ley 9, *tít.* I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Ipsius erit.—Esto no es mas que una aplicacion del principio general antes establecido: *lo accesorio cede á lo principal.*

Si modo radices egerit.—Hasta que la planta arraiga no forma un solo todo con la tierra, y puede ser sacada sin perjuicio de ella y de la heredad; por lo tanto, como independiente del suelo, continúa siendo propiedad de su dueño primitivo. Sin embargo, este, despues de arraigar la planta, tiene el derecho de ser indemnizado, porque la justicia no permite que uno se enriquezca con perjuicio de otro.

Cujus in fundum radices egisset.—El árbol pertenece al dueño del terreno en que están sus raices, porque de él recibe su vida y alimento. No está conforme esta opinion con la de Pomponio, admitida como ley en el Digesto (1); esa es una de aquellas contradicciones que se escaparon á la diligencia de Triboniano.

Communis fit.—Esta comunion de dominio, mientras el árbol está en pié, permanece *pro indiviso* entre los dueños de las heredades colindantes, dividiéndose solo los frutos; pero cuando el árbol muere ó es arrancado se divide entre ambos.

(1) §. 2 de la ley 6, tit. VII, lib. XLVII del Dig.

Solo cedunt.—Tanto estas palabras como toda la doctrina del texto no necesitan mas explicacion que la que he dado en los que anteceden.

33 Literæ quoquè, licèt auræ sint, perindè chartis membranisve cedunt, ac si solo *cedere solent* ea, quæ inædificantur, aut inseruntur: ideòque, si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse judiceris. Sed si à Titio petas, tuos libros tuasve membranas esse, nec impensam scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si bonâ fide earum chartarum membranarumve possessionem nactus est (*a*).

34 Si quis in alienâ tabulâ pinxerit, *quidam putant*, tabulam picturæ cedere; *aliis videtur* pictura, qualiscumquè sit, tabulæ cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere: ridiculum est enim, picturam *Apellis vel Parrhasii* in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si à domino tabulæ imaginem possidente is, qui pinxit, *eam petat*, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali summoveri; at si is, qui pinxit, possideat, *consequens est*, ut *utilis actio* domino tabulæ adversus eum detur, quo casu, si *non solvat impensam picturæ*, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique *si bonâ fide possessor* fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palàm est, quod, sive is, qui pinxit, subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio (*b*).

La escritura, aunque sea con letras de oro, cede al papel ó pergamino, como cede al suelo lo que en él se edifica ó se siembra. Así si sobre papel ó pergamino tuyo Ticio escribiese versos, una historia, ó un discurso, tú serás el dueño de lo escrito y no Ticio. Mas si reclamas de Ticio tus libros ó tus pergaminos, sin estar dispuesto á pagar los gastos de la escritura, Ticio podrá defenderse por la excepcion de dolo, si adquirió la posesion del papel ó pergamino con buena fé (*a*). 33

Si alguno pintare sobre una tabla ajena, segun la opinion de algunos la tabla cede á la pintura, segun la de otros la pintura, de cualquier clase que sea, cede á la tabla: nosotros hemos adoptado la opinion de que la tabla cede á la pintura, porque seria ridículo que una pintura de Apeles ó Parrhasio fuese accesion de una tabla despreciable. Por consecuencia, si el pintor la pide al dueño de la tabla, que la posee, y no paga el precio, podrá ser rechazado por la excepcion de dolo. Mas cuando la posee el pintor, el dueño de la tabla tiene una accion útil contra él: en este caso si no paga el precio de la pintura, podrá ser excluido por la excepcion del dolo, siempre que el pintor sea poseedor de buena fé. Es evidente que si la tabla ha sido robada por el pintor ó por otro, el propietario tiene la accion de hurto (*b*). 34

ORIGENES.

(*a*) Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 1, ley 9, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 78, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Cedere solent.—Comparacion inexacta que llevó á una doctrina rigurosa y absurda: una composicion poética, una historia y un inventario en que se cifran tantos intereses, ceden al papel en que están escritos. Mas justo seria considerar la escritura como lo principal y más lógico que quien dice en el párrafo siguiente que *seria ridículo que una pintura de Apeles ó Parrhasio cediera á una tabla vilísima,* dijese ahora *seria absurdo que la Odisea de Homero, la Eneida de Virgilio, la historia de Tito Livio, y el inventario que representa todo el patrimonio, cedieran á un pergamino despreciable.* Bien sé que aquí no se alude á la propiedad misma de una obra literaria, clase de dominio desconocido en lo antiguo, é importante despues de descubierta la imprenta, sino solo á la copia hecha sobre materia ajena. Pero ¿y si es el original? ¿y si no existe otra copia por la que el autor conserve el fruto de sus vigilias? Las explicaciones anteriores me excusan de dar mayor ampliacion á este comentario.

Quidam putant; aliis videtur.—Sigue Justiniano en este como en tantos otros puntos la opinion de Cayo, el cual se separó del principio que habia adoptado respecto de la escritura. De contrario parecer era Paulo y no puede negarse que habia lógica en su modo de discurrir. Triboniano y sus compañeros, que no siempre acertaron en eliminar las doctrinas de los antiguos que estaban en discordancia con su sistema, dejaron pasar en el Digesto un fragmento en que está consignada la opinion de este jurisconsulto (1).

Apellis vel Parrhasii.—No es necesario que la pintura sea de uno de los grandes maestros del arte para que prevalezca el principio de que á ella cede la tabla; la regla es general y el comentario de Cayo la expone sin ejemplos. No hay aquí, pues, un privilegio en honor de las obras de los pintores célebres: es un derecho general emanado de que los antiguos tenian en alta estimacion la pintura, hasta el punto de que, segun Plinio, solo permitian ejercerla á los hombres ingénuos y de buena opinion.

Eam petat.—El pintor, como que se hacia propietario de la tabla, podia reivindicarla de su antiguo dueño. Pero como ni era justo que se enriqueciera con perjuicio de otro, ni que el antiguo

---

(1) §. 3 de la ley 23, tit. I, lib. VI del Dig.

dueño quedase por un hecho ajeno privado de la propiedad y de la estimacion de la tabla, se defendia este por la excepcion de dolo mientras no conseguia ser indemnizado recibiendo el precio.

Consequens est.—Con razon, á mi entender, encuentra Vinnio impropias estas palabras; porque lejos de ser la doctrina que les sigue una emanacion de la antes establecida, puede ser considerada como excepcion.

Utilis actio.—Si, como queda dicho, el pintor se hacia dueño de la tabla, es claro que á él solo en el sentido jurídico riguroso debia corresponder la reivindicacion. Para la completa inteligencia de este texto es menester tener presente la teoría de las acciones directas y útiles, que sin alterar el órden de las Instituciones no puede ser expuesta en el presente comentario. Con el objeto, pues, de no anticipar inoportunamente doctrinas que tienen su propio lugar, me limitaré á decir que cuando las frases *accion directa* y *accion útil* se contraponen, como sucede aquí, sirve la primera para designar una accion emanada inmediatamente de la ley, y la segunda se refiere á la accion que la equidad y la utilidad habian hecho introducir por analogía de otra á que la ley daba existencia. Esta concurrencia de la accion real directa que compete al pintor, y de la accion real útil que corresponde al antiguo dueño de la tabla, ha dado lugar á diferentes cuestiones y dudas que los intérpretes suscitan acerca de su preferencia respectiva. Sin hablar de ellas bajo su aspecto general, mas acomodable á los derechos de enfitéusis y de superficie, que á la doctrina de este texto, diré aquí solamente que en el caso actual me parece que se debe dar preferencia á la accion directa en concurrencia con la útil. Aclararé esto con un ejemplo: pintó uno en tabla que á otro pertenecia, pero la pintura está en poder de un tercero que posee la cosa sin haberla adquirido legalmente: concurriendo á reclamarla el dueño de la tabla y el pintor, ¿quién será el preferido? En mi concepto el pintor, esto es, el que tiene la accion real directa, doctrina que juzgo perfectamente ajustada al espíritu del presente texto. Donneau no es de esta opinion: en su concepto ninguno tiene preferencia sobre el otro, y la condicion del ocupante es la mejor: no desconozco que el texto presenta flancos por los que puede ser combatida la opinion que adopto; pero la creo mas probable.

Non solvat impensam picturæ.—Y si el pintor en el caso de que habla el texto está dispuesto á pagar el precio de la tabla, ¿debe ser preferido al dueño antiguo de ella? No he visto ninguna ley que resuelva esta duda suscitada por muchos intérpretes; sin embargo parece mas probable que debe ser preferido, porque de otro modo se daria á la accion útil mayor valor que á la directa, y ven-

dria el pintor á ser de peor condicion cuando poseia, que cuando carecia de la tenencia de la cosa.

Si bonâ fide possessor.—Al que pintó con mala fé, es decir, al que sabia que era ajena la tabla en que pintaba, se niega la excepcion de dolo; consecuencia de esto es que tampoco le compete la accion real, porque si como poseedor no tiene derecho, menos lo tendrá dejando de poseer. Sin duda consideró aquí Justiniano una donacion como en el caso de edificarse con mala fé en terreno de otro.

35 Si quis à non domino, *quem dominum esse credebat*, *bonâ fide* fundum emerit, vel ex donatione, *aliâve quâ justâ causâ* æque bonâ fide *acceperit;* naturali ratione placuit, *fructus*, *quos percepit*, *ejus esse pro culturâ et curâ*. Et ideò si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, *de* fructibus ab eo *consumptis agere non potest* (*a*). Ei verò, qui sciens alienum fundum possiderit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, *licèt consumpti sunt*, cogitur restituere (*b*).

Si alguno con buena fé hubiese comprado del que creia dueño una heredad, ó la hubiere recibido por donacion, ó por cualquiera otra justa causa, segun la razon natural dicta, hace suyos los frutos que percibe en recompensa de su cultivo y sus trabajos. Por lo tanto si despues aparece el dueño y reivindica la heredad, no puede demandar los frutos consumidos por el poseedor (*a*). No rige la misma regla relativamente al que á sabiendas posee la heredad de otro; así está obligado á restituir la heredad y juntamente los frutos, aun los mismos que ha consumido (*b*). 35

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (Ley 48, tít. I, lib. XLI del Dig.)
(*b*) Conforme con Paulo. (Ley 15, tít. I, lib. XXII del Dig.)

Comentario.

Antes de empezar á comentar este texto, reputo conveniente anticipar algunas doctrinas generales acerca de la *posesion*. La *posesion* que, como dice Paulo (1), citando la autoridad de Labeon, trae su etimología *à sedibus quasi positio*, es, en su sentido gramatical, el *acto por el que uno tiene en su poder una cosa corporal, de modo que puede disponer de ella segun su voluntad con exclusion de los demás*. Esta relacion física, que existe entre el hombre y la cosa, se llama frecuentemente *mera detencion*, *posesion física*, *posesion natural*, y consiste en el hecho, no en el derecho, segun el lenguaje de los jurisconsultos (2).

(1) §. inicial, ley 1, tít. II, lib. XLI del Dig.
(2) §. 5, ley 1, tít. II, lib. XLI del Dig.

De los que la tienen se dice que *poseen naturalmente*, ó *que están en posesion* (1). Este hecho, sin embargo, es la base de la verdadera posesion, de la posesion jurídica.

El sentido gramatical, que acabo de exponer, no es el que las leyes suelen dar á la palabra posesion: pues para que el acto corporal de ocupacion se convierta en una posesion jurídica ó legal y produzca ciertos efectos se requiere la intencion de tener la cosa como propietario. Por lo cual dice Papiniano que la posesion no consiste solamente en el hecho sino en el derecho. A esta se la da el nombre de *civil*, ó á veces solo el genérico de *posesion*, y de los que la tienen se dice que *poseen civilmente* ó unívocamente que *poseen*. De consiguiente, la posesion jurídica puede definirse *la tenencia legítima de una cosa de que nos consideramos dueños.* Dos son sus requisitos esenciales, la ocupacion y la intencion.

La ocupacion no consiste precisamente en la aprehension material, ó en la detencion real de la cosa, sino mas bien en los hechos que nos dan el poder físico de disponer de ella en todo tiempo y á nuestra voluntad (2). Estas doctrinas se ampliarán al hablar de la tradicion.

La intencion consite por regla general en la voluntad de disponer de la cosa como propietario. Por lo tanto aquellas personas en que la ley no considera voluntad, como los infantes y los locos, no son capaces de posesion: así tampoco poseen el arrendatario, el comodatario y el procurador, puesto que en su posesion representan al propietario.

Una vez constituida la *posesion jurídica*, el poseedor es reputado á manera de dueño de la cosa mientras no aparezca el verdadero, como podrá observarse por las doctrinas que se examinarán en los lugares oportunos. Pero la posesion, como el dominio, tiene sus desmembraciones; puesto que parte de las ventajas que presta, á las veces están en personas diferentes. Así el poseedor que da la cosa en prenda continúa poseyendo jurídicamente; pero sin embargo, hasta que pague la deuda no puede reclamar la tenencia de la cosa, en que es protegido el acreedor (3).

Uno de los requisitos esenciales de la posesion, segun se ha visto, consiste en la aprehension corporal ó en un acto que la represente, y que ponga la cosa á nuestra disposicion: de lo que se infiere que las que no son susceptibles de ocupacion no lo son de posesion. Mas en

---

(1) §. 9, ley 1, tit. XVI, lib. XLIII del Dig.
(2) §. 21, ley 1, tit. II, lib. XLI del Dig.
(3) Ley 16, tit. III, lib. XLI del Dig.

ellas se ha admitido una *cuasi posesion*, que consiste en el ejercicio del derecho y en la intencion de ejercerlo (1).

Dadas estas ideas generales, y sin descender á otras doctrinas que encontrarán lugar mas oportuno en el sistema exegético que sigo, paso á comentar el presente texto.

Quem dominum esse credebat.—La doctrina que aquí se establece, en parte debe extenderse y en parte limitarse; pues hay algunos que siendo dueños no pueden enajenar, y otros por el contrario, que enajenan válidamente sin serlo. Así no se dirá que tiene buena fé en la adquisicion el que compra alguna cosa á un menor sabiendo que lo era; y por el contrario, la tendrá el que compró al procurador á quien cree suficientemente autorizado, aunque no es el dueño. Así es que las palabras que comento se refieren, mas que al dominio verdadero, á la facultad legal de enajenar.

Bonâ fide.—La buena fé consiste en el convencimiento íntimo que tiene el comprador de que el que vende la cosa es el dueño de ella y que tiene la facultad de enajenarla. Se debe notar aquí una diferencia esencial entre la prescripcion y la percepcion de los frutos: en la primera, como mas adelante se dirá, basta la buena fé al principio de la adquisicion, y la mala fé que despues sobrevenga no impide su progreso; pero para que el poseedor haga suyos los frutos es menester que esta buena fé sea continua, y cesa la adquisicion de frutos cuando llega á entender que no es el dueño verdadero (2). La razon de esta diferencia proviene de que en la prescripcion solo se trata de una adquisicion, y en la percepcion de frutos de muchas, cada una de las cuales requiere la buena fé en su principio.

Aliâve quâ justâ causâ.—Esto es, la tradicion ha de ser precedida de un título hábil para la traslacion de la propiedad; de donde se infiere que todos los demás títulos legítimos no pertenecen á este lugar: el arrendatario, el comodatario y el depositario, por ejemplo, no están comprendidos en el texto, porque si bien tienen un título en virtud del que están en posesion de la cosa, no es en concepto de dueños, y así ni aun poseen en el sentido extrictamente jurídico de la palabra.

Acceperit.—No basta el título, es decir, la causa remota de la adquisicion, cuando esta proviene de un contrato; se requiere ademas la tradicion, ó sea el acto por el que el dueño nos traspasa el derecho que tenia, sin la cual ni estamos en posesion de la cosa ni percibimos sus frutos, que son la materia de este texto. No se crea por

---

(1) §. 2 de la ley 23, tit. VI, lib. IV del Dig.
(2) Ley 48, tit. I, lib. XLI del Dig.

esto que sostengo la teoría de *que toda adquisicion de propiedad proveniente de otro requiere título y modo*, porque en mi concepto, sobre ser falsa y ociosa, se funda en el principio equivocado de que para adquirir la propiedad es siempre necesaria la posesion, ó verdadera ó fingida por la ley.

Fructus.—La palabra *fructus* que, como dice Varron, viene *á ferendo*, significa en su sentido riguroso todo lo que la cosa produce naturalmente: por esto sin duda Mackeldey los define las *producciones corporales orgánicas de una cosa.* Mientras están unidos á lo que los produce se llaman *pendientes (pendentes, stantes)* y despues *separados (separati)* (1). Se les da el nombre de *percibidos, percepti*, cuando separados de la cosa entran en poder del que tiene el derecho de utilizarse de ella á pesar de no ser el propietario, como el colono, el usufructuario y el poseedor de buena fé: en cuyo sentido el texto dice: *fructus quos percepit.* A estos frutos se da el nombre de *naturales*, los que suelen subdividirse en *meramente naturales* é *industriales*: los primeros son los que la tierra ofrece, ó expontáneamente ó con poca diligencia del hombre, como puede ser la leña de los montes: los industriales, por el contrario, son los que provienen de la industria del hombre auxiliado por la naturaleza; de esta clase son, por ejemplo, las legumbres.

En un sentido mas lato, pero menos propio, bajo la palabra *frutos* se comprende todo lo que no siendo producto natural de la cosa se percibe por razon de ella. Estos se denominan *frutos civiles*: tales son, por ejemplo, los intereses del dinero y la merced del arrendamiento de las fincas.

Quos percepit, ejus esse.—Mientras los frutos están unidos al suelo siguen la condicion de este, y por lo tanto el poseedor de buena fé tiene en ellos solamente los derechos que la posesion le da en la cosa. Mas desde el momento en que la separacion se verifica, los frutos reciben una consistencia separada del suelo, y de cosas inmuebles que eran, como formando parte de un predio, pasan á ser muebles. Los derechos del poseedor se aumentan respecto á ellos, porque adquiere las mismas facultades que tendria el dueño de la finca si los hubiera percibido; mas esto no es extensivo á defenderle en su adquisicion contra el propietario, cuando aparece, el cual como expresa este mismo texto puede reivindicar los frutos no consumidos. Así es que puede decirse que el poseedor de buena fé hace suyos los frutos por la percepcion de un modo revocable, esto es, hasta que aparezca el dueño verdadero; pero esta revocabilidad deja de existir por la consuncion.

---

(1) Ley 13, tit. IV, lib. VII del Dig.

Pro culturâ et curâ.—Segun estas palabras parece que solo se dan al poseedor de buena fé los frutos industriales, como únicos que son resultado del trabajo y de la diligencia del hombre. Esto, sin embargo, no es exacto: prescindiendo de los diferentos textos que podria presentar para probarlo, me limitaré á citar la autoridad de Paulo en el mismo lugar de donde creo que tomó Justiniano la doctrina del suyo (1). El jurisconsulto dice en él expresamente que el poseedor de buena fé no solo hace suyos los frutos debidos á su diligencia y trabajo, sino todos. La causa de su adquisicion no es el cultivo, porque por la misma razon deberian corresponder tambien al poseedor de mala fé, ó bastaria que el que la tenia buena fuera indemnizado: es solo la equiparacion que hace la ley entre un poseedor que tiene titulo justo y la conviccion de su dominio, y el dueño verdadero. A pesar de esto, no debo ocultar que en el Digesto se encuentra un fragmento de Pomponio (2), que niega al poseedor de buena fé la adquisicion de los frutos materiales, y que á pesar de que muchos jurisconsultos procuran destruir la antimonia, no logran á mi entender hacerlo satisfactoriamente.

De consumptis agere non potest.—Inmediatamente que se verifica la consuncion de los frutos, cesa toda accion del propietario respecto de ellos. Antes de esto la tiene no solo relativamente á los estantes, que, como ya se ha dicho, son una accession del predío, sino tambien acerca de los que el poseedor percibió, sino llegó á consumirlos (3). De aquí se infiere, que el dominio revocable que, segun he manifestado, adquiria el poseedor por la percepcion, cesa cuando aparece el dueño de la cosa. La razon es obvia: la ley solo ha dado al poseedor la consideracion de dueño, mientras se trata de un tercero que ó no tenga derecho, ó lo tenga mas débil que el suyo: sostener esta consideracion cuando existe un dueño verdadero, seria dar mas fuerza á la ficcion que á la verdad, y destruir el principio de que al propietario de la cosa pertenecen sus accesiones. Mas relativamente á las cosas que ya no existen, y que por lo tanto no son capaces de reivindicacion, pudo la ley, consultando á la equidad, negar la accion personal para la indemnizacion del propietario. Observaré, por último, que no puede debilitar la doctrina expuesta la consideracion de los trabajos y gastos hechos por el poseedor; esto en su caso será un motivo para que le sean abonados, concesion justa, porque las leyes no quieren que uno se enriquezca en daño de otro.

---

(1) §. inicial de la ley 48, tit. 1, lib. XLI del Dig.
(2) Ley 45, tit. 1, lib. XXII.
(3) Ley 22, tit. XXXII, lib. III del Cód.

Licèt consumpti sunt.—Las leyes nunca favorecen el dolo, y de consiguiente privan al poseedor de mala fé de todos los frutos aunque estén consumidos, puesto que no adquirió su propiedad. Relativamente á los percibidos y á los que están por percibir, es decir, á los pendientes, no hay dificultad ninguna: para obtenerlos basta al propietario entablar su accion real; mas no sucede asi respecto á los consumidos, pues que solo pueden dar lugar á una accion personal para la indemnidad del propietario.

36 *Is, ad quem ususfructus* fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficietur, *quàm si* eos ipse *perceperit.* Et ideò, licèt maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, *ad hæredem ejus non pertinent*, sed domino proprietatis acquiruntur (*a*). (*Eadem ferè* et *de*
37 *colono* dicuntur) (*b*). In pecudum fructu etiam fetus est, sicuti lac et pilus et lana: itaque agni et hædi et vituli et equuli statim naturali jure dominii sunt fructuarii. Partus verò ancillæ in fructu non est: itaque ad dominum proprietatis pertinet. *Absurdum* enim *videbatur*, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gra-
38 tiâ comparavit (*c*). *Sed si gregis usumfructum* quis habeat, in locum *demortuorum capitum ex fetu* fructuarius summittere debet (ut et Juliano visum est), et in vinearum demortuarum vel arborum locum aliâs debet substituere (*d*). Rectè enim colere debet, et *quasi bonus paterfamilias* (*e*).

Aquel á quien corresponde el usufructo de una heredad, en tanto se hace dueño de los frutos en cuanto él mismo los percibe: y así los frutos que no haya percibido antes de su muerte, aunque estén maduros, no pertenecen á sus herederos, sino al que tiene la propiedad (*a*). (Casi lo mismo puede decirse del arrendatario) (*b*). Como fruto de los 37
ganados se considera el feto, del mismo modo que la leche, el pelo y la lana: por lo que los corderos, los cabritos y los potros se hacen inmediatamente del usufructuario por derecho natural. Mas no se reputa como fruto de la esclava el parto, y por lo tanto pertenece al señor de la propiedad, porque parecia absurdo considerar al hombre como usufructo, cuando la naturaleza ha producido todos los frutos para su beneficio (*c*). El que tiene 38
el usufructo de un ganado debe reemplazar con las crias las cabezas que mueren (segun la opinion de Juliano), y sustituir cepas y árboles en lugar de los que perecen (*d*), porque tiene obligacion de cultivar bien y administrar como un diligente padre de familias (*e*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (Ley 13, tít. IV, lib. VII del Dig.)
(*b*) Conforme con Africano. (§. 8, ley 63, tít. II, lib. XLVII del Dig.)
(*c*) Copiado de Cayo. (Ley 28, tít. I, lib. XXII del Dig.)
(*d*) Tomado de Paulo. (Ley 18, tít. I, lib. VII del Dig.)
(*e*) Tomado de Ulpiano. (§. 2, ley 68, tít. I, lib. VII del Dig.)

Comentario.

Is, ad quem usufructus.—La doctrina de la percepcion de frutos lleva á Justiniano desde el poseedor de buena fé al usufructuario y al colono, sin embargo de que no parece el lugar mas adecuado para el objeto. Efectivamente estos no hacen suyos los frutos en virtud del dominio fingido de que se ha hablado, sino el usufructuario por efecto de una servidumbre, y el colono por un contrato. En los lugares oportunos desenvolveré estas doctrinas.

Quàm si perceperit.—Es indiferente que perciba los frutos el mismo usufructuario ú otro en su nombre.

Ad hæredem ejus non pertinent.—Como en su lugar explicaré, el usufructo es una servidumbre personal que se extingue con el individuo á cuyo favor está constituida, y por lo tanto el derecho que da á la percepcion de los frutos no es trasmisible á los herederos.

Eadem ferè de colono.—Con razon dice el texto *ferè*: porque de los puntos que ha expuesto antes respecto del usufructo, uno solo comprende el arrendamiento. Efectivamente el colono, del mismo modo que el usufructuario, hace suyos los frutos por la percepcion; pero el arrendamiento pasa á los herederos.

Absúrdum videbatur.—Esta doctrina no está muy conforme con la absurda de la esclavitud, segun la que el esclavo solo tenia la consideracion de cosa: al hablarse mas adelante de la ley Aquilia se verá que para sus efectos es equiparado á las bestias: el principio del texto quiere consultar á la dignidad de la especie, y libertarla de una afrentosa degradacion; pero no es lógico y busca para su apoyo un juego de palabras. ¿No podia decirse del mismo modo: *absurdo es que el hombre, que ha nacido para dominar á los demás séres animados, esté sometido al dominio ajeno?* Ulpiano (1) da otra razon que la que Justiniano tomó de Cayo; segun él no debe pertenecer al fructuario el parto de la esclava, porque no se poseen las esclavas para la reproduccion, lo que equivale á decir que su parto es un fruto extraordinario.

Sed si gregis usumfructum.—Sigue extraviado el Emperador del objeto á que el epígrafe de este título parece que debia limitarle, tratando de parte de las obligaciones del usufructuario. La palabra *grex* está oportunamente usada: compréndese en ella una unidad colectiva, que subsiste por la renovacion de las crias que van reemplazando á las cabezas que faltan. Si en vez de consistir el usufructo en un ganado de mil cabezas, estuviera constituido en cada una de ellas, se consi-

(1) Ley 17, tít. III, lib. V del Dig.

derarian tantos usufructos cuantas eran las reses, y no estaria sujeto el usufructuario á la renovacion (1).

Demortuorum capitum.—Tanto en este caso como en el de las viñas úsase de las palabras *demortuorum, demortuarum*, para no comprender los casos fortuitos, por ejemplo, un incendio, una tempestad ó una incursion enemiga, que causan grandes estragos (2).

Ex fetu.—En tanto se entiende sujeto el usufructuario á la renovacion en cuanto puede hacerla con las crias: asi es que no estará obligado á ella si una epizootia ó cualquiera otra causa no le permiten cumplirla.

Quasi bonus paterfamilias.—El usufructuario, como que se aprovecha de todos los frutos de la cosa, debe conservarla y repararla, para que concluido el usufructo pueda restituirla íntegra como quiere la ley. Las doctrinas de este texto tendrán mayor ampliacion cuando se trate del usufructo.

39 *Thesauros*, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, *naturalem æquitatem secutus*, ei concessit, *qui invenerit*. Idemque statuit, si quis *in sacro aut in religioso* loco *fortuitu* casu invenerit. At si quis in alieno loco, *non datâ ad hoc operâ*, sed fortuitu, invenerit, *dimidium domino soli* concessit. Et convenienter, si quis *in Cæsaris loco* invenerit, dimidium inventoris, dimidium Cæsaris esse statuit. Cui conveniens est, ut, si quis in *publico loco* vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium *fisci* vel civitatis.

El Emperador Adriano, conformándose con la equidad natural, concedió al descubridor los tesoros que encontrara en su heredad: y extendió esta misma disposicion á los tesoros que por azar se encontraran en lugares sagrados ó religiosos. Al que los hallaba en heredad ajena, sin buscarlos de propósito y solamente por acaso, concedió la mitad, y la otra mitad al dueño del suelo: por lo tanto el que los encontraba en propiedad del César adquiria la mitad, y la otra mitad era para el César. De aquí se sigue que si alguno encuentra un tesoro en un lugar correspondiente al fisco, ó á una ciudad, adquiere la mitad para él, y la otra mitad es para el fisco ó para la ciudad. 39

ORIGENES.

Conforme con Trifonino. (§§. inicial, 3 y 4 de la ley 63, tít. 1, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Thesauros.—Tesoro es *un antiguo depósito de riqueza del que*

(1) §. 3 de la ley 70, tít. I, lib. VII del Dig.
(2) Ley 59, tít. I, lib. VII del Dig.

no existe memoria, y que por lo tanto carece de dueño. Así lo define Paulo (1).

Naturalem æquitatem secutus.—Los principios que aquí se establecen acerca de los tesoros, prueban claramente que no puede atribuirse este modo de adquirir ni á la ocupacion ni á la accesion. Las leyes le hacen participar de ambas, premiando en el que los encuentra su diligencia, ó evitando al menos burlar las esperanzas que concibe, al mismo tiempo que miran por el propietario, que parecia naturalmente el destinado á encontrar el tesoro. Ni uno ni otro quedaban perjudicados por esta determinacion: el descubridor, porque en rigor no tenia por la ocupacion derecho alguno en una cosa, que solo impropiamente se denomina *nullius*, y que en realidad es de dueño ignorado: el señor de la heredad, porque no podia invocar en su apoyo la accesion, no siendo el tesoro ni parte integrante ni fruto de su propiedad.

Qui invenerit.—Era indiferente que el propietario hubiera buscado el tesoro, ó que le hubiera encontrado por acaso. Una constitucion de los Emperadores Leon y Zenon (2) prohibe emplear el arte de la magia ó sacrificios supersticiosos dignos de castigo: en esta ley aparece el sello de la época en que se formó. La aplicacion de la regla general, que dejo sentada, guarda conformidad con la doctrina del texto; puesto que siendo el dueño de la heredad y el descubridor una misma persona, es claro que á ella debe pertenecer todo el hallazgo.

In sacro aut in religioso.—Refiérense estas palabras, en mi concepto, á los lugares sagrados y religiosos, que bajo cierto aspecto eran considerados como particulares. Para que no se crea que incurro en una contradiccion ampliaré esta idea. Las cosas sagradas y religiosas, como exentas del comercio de los hombres, eran *nullius*, segun se ha visto antes; pero esto no es un obstáculo para que, consideradas bajo cierto aspecto, tuvieran el carácter de particulares. Así es que el templo ó el sepulcro, que aisladamente no eran objetos de propiedad, se traspasaban con la venta del territorio en que se hallaban enclavados (3); así es tambien que, segun se indicó antes, habia sepulcros familiares, hereditarios y en que tenian ciertas personas el triste derecho de inhumacion. Mas cuando los lugares sagrados ó religiosos, en que se encontraba un tesoro, no pertenecian á esta clase, la mitad cedia al que lo encontraba, y la otra mitad era para el fisco (4). No creo, pues, que el derecho de Justiniano sea contradictorio en este

(1) §. 1 de la ley 31, tít. I, lib. XLI del Dig.
(2) Título XV, lib. X del Cód.
(3) Ley 24, tít. I, lib. XVIII del Dig.
(4) §. 10 de la ley 3, tít. XIV, lib. XLIX del Dig.

punto, como parece á tantos intérprétes, ni juzgo tampoco necesario decir que el Digesto comprendió en este caso una ley que ya estaba derogada. La interpretacion que doy me parece tanto mas lógica cuanto que por ella queda subsistente en toda su fuerza el principio introducido por Adriano respecto de la adjudicacion del hallazgo de los tesoros.

Fortuitu.—A diferencia de la propiedad privada, no es lícito buscar tesoros en los lugares sagrados ó religiosos; prohibicion altamente moral, que tiene por objeto evitar profanaciones de templos y sepulcros.

Non datâ ad hoc operâ.—Establécese aquí respecto de las cosas ajenas la misma prohibicion de buscar tesoros que existia respecto de las sagradas y religiosas. La razon es porque nadie puede violar la propiedad de otro: para hacerlo necesita su consentimiento; por esto la ley castiga al que halló el tesoro que buscaba, privándole de la mitad que le concede cuando lo encuentra por acaso, y lo adjudica íntegramente al propietario.

Dominium domino soli.—Restablece Justiniano la disposicion del Emperador Adriano, derogando una constitucion de los Emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, inserta en el Código Teodosiano (1), en virtud de la cual solo correspondia al propietario la cuarta parte del tesoro.

In Cæsaris loco.—Es decir, en la heredad del patrimonio del Emperador y que este poseia como particular. Estos bienes patrimoniales, *ratio Cæsaris*, *privatum patrimonium*, estuvieron administrados primero por los que llamaban *procuratores Cæsarum*, y despues por el titulado *Comes sacrarum largitionum*, y siempre fueron independientes del fisco y del erario.

Publico loco.—Hecha, en este mismo título, la explicacion de las cosas comunes y las de corporacion, no necesito mas que remitirme á ella.

Fisci.—En otro lugar he dicho que no habia diferencia en la época de Justiniano entre el fisco y el erario, pero para la mas fácil inteligencia añadiré algunas noticias de antigüedades referentes á este punto. En tiempo de la república libre todas las rentas y productos públicos entraban en el erario, que estaba á cargo de los cuestores y se custodiaba en el templo de Opis y Saturno. A los cuestores en tiempo de César reemplázaron los ediles: Cláudio volvió á confiar el erario á los primeros, y Neron creó los prefectos del erario, que juzgaban tambien de las causas fiscales. Este era el erario que llamaban de Saturno,

---

(1) Const. II, tít. XVIII, lib. X.

para contraponerlo al militar creado por Augusto, el cual estaba confiado primitivamente á varones pretorios, ya elegidos por el senado, ya sacados á la suerte, ya de eleccion de los Emperadores, y despues á un prefecto. A veces uno mismo era el perfecto del erario de Saturno y del militar.

El fisco existia ya en tiempo de Tiberio, y aun es de creer que nació bajo el imperio de Augusto: era una especie de erario particular de los príncipes, que abusaron frecuentemente de su autoridad para enriquecerlo, puesto que pocos eran los que como Pertinaz prohibian considerar como del fisco las posesiones imperiales, porque correspondian al pueblo. Estuvo el fisco al cuidado de los llamados *Procuratores, Advocati, Patroni* y *Præfecti fisci;* por último, el Emperador Nerva creó un pretor fiscal que administraba justicia en los negocios fiscales.

Mas adelante vinieron á confundirse el fisco y el erario, y no quedaron mas que el tesoro público, comprendido bajo cualquiera de las dos denominaciones, y el patrimonio del príncipe.

40 *Per traditionem* quoquè, jure naturali, res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quàm voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi (*a*). Et ideò, *cujuscumque generis sit corporalis res*, tradi potest, et à domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoquè et tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria prædia, quæ in provinciis sunt (*b*), inter quæ nec non et Italica prædia ex nostrâ constitutione nulla differentia est (*c*).
41 Sed si quidem ex causâ donationis, au dotis, aut quâlibet aliâ ex causâ tradantur, sine dubio transferuntur: venditæ verò et traditæ, *non aliter emptori acquiruntur*, quàm si is venditori pretium solverit, *vel alio modo ei satisfecerit*, veluti *expromissore* aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam ex lege *duodecim tabularum*, tamen recté dicitur, et jure *gentium, id est jure naturali*, id effici. Sed si is, qui vendidit, *fidem emptoris* secutus fue-

Con arreglo al derecho natural adquirimos tambien el dominio de las cosas por medio de la tradicion, porque nada es tan conforme á la equidad como que sea valedera la voluntad del propietario, que quiere transferir á otro una cosa suya (*a*). Por lo tanto la cosa corporal, de cualquier género que sea, puede ser entregada, y hecha su entrega por el dueño, quedará enajenada. Asi tambien se enajenan las heredades estipendiarias y tributarias. Llámanse estipendiarias y tributarias las que están en las provincias (*b*), entre las cuales y las itálicas no hay ninguna diferencia, segun una constitucion nuestra (*c*). La 41
tradicion que se hace por via de donacion, de dote ó por cualquier otra causa justa, transfiere indudablemente la propiedad; pero el comprador no adquiere las cosas que se le han vendido y entregado hasta que paga su precio, ó de otro modo satisface al vendedor, como si le da un *expromisor* ó una prenda. Esto se ha establecido por la ley

rit, dicendum est, statim rem emp-
42 toris fieri (*d*). Nihil autem interest,
utrum ipse dominus tradat alicui
43 rem, an voluntate ejus alius. Quâ
ratione, si *cui libera* universorum
negotiorum *administratio* à domino
permissa fuerit, isque ex his nego-
tiis rem vendiderit et tradiderit, fa-
cit eam accipientis (*e*).

de las Doce Tablas, lo cual no es
obstáculo para decir, y con razon,
que dimana del derecho de gentes,
esto es, del derecho natural. Mas si
el vendedor confió en la buena fé
del comprador, decidimos que este
adquiera inmediatamente la cosa (*d*).
Es indiferente que el mismo dueño 42
sea el que entregue la cosa, ú otro
cualquiera por su voluntad. Por con- 43
secuencia, si aquel á quien el dueño
habia confiado la libre administra-
cion de sus negocios vende y entre-
ga alguna de las cosas comprendidas
en su administracion, lo entregado
se hace del que lo recibe (*e*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 3, ley 9, tit. 1 lib. XLI del Dig.)
(*b*) Conforme con Cayo. (§. 21. Com. II de sus Inst.)
(*c*) Esta constitucion es la ley única del tit. XXV. lib. VI del Cód.
(*d*) Tomado de Cayo. (Ley. 53, tit. 1. lib. XVIII del Dig.)
(*e*) Copiado de Cayo. (§. 4. ley 9, tit. 1, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Per traditionem.—Las cosas que no pertenecen á otros y son susceptibles de propiedad se hacen nuestras ó por un hecho propio, *facto et occupatione nostrâ*, ó en virtud de la accesion, *vi et potestate rei nostræ*. Mas para que las que están ya en dominio pasen de unos á otros se necesita que intervenga la voluntad del dueño, y además frecuentemente un acto material que, al mismo tiempo que nos traslade la facultad física de disponer de la cosa, constituya una línea de division entre el antiguo y el nuevo dominio. Este acto es la *tradicion*, de que ahora trata Justiniano. En el silencio que guarda acerca de ciertos principios, que conviene tener presentes para comprender bien las doctrinas que establece, creo necesario emitir algunas ideas generales antes de entrar en explicaciones minuciosas.

Por *tradicion* se entiende *el acto de poner una cosa nuestra á disposicion de aquel á quien queremos traspasarla*. Esta definicion desde luego indica la afinidad grande que existe entre la tradicion y la posesion, puesto que la primera puede ser considerada como la causa, y la segunda como el efecto: hago esta observacion, porque además de lo que puede contribuir á que se forme una idea exacta de la doctrina que desenvuelvo, excusa algunas explicaciones que al tratar de la posesion quedan expuestas.

De la misma definicion se infiere que la *tradicion*, en su sentido jurídico, no exige precisamente la entrega material, esto es, la traslacion de una á otra mano, lo que la limitaria á las cosas muebles, sino que es extensiva tambien á las inmuebles, puesto que en unas y otras puede traspasársenos con la facultad legal la posibilidad física de disponer. Pero al mismo tiempo se deduce que solo son objeto de la tradicion las cosas corporales: las incorporales, esto es, las de creacion jurídica, de que mas adelante se habla, no son susceptibles de esta traslacion material: así es que, en el sentido riguroso de la palabra, no admiten tradicion como dice Cayo (1): por esta misma razon queda antes manifestado que tampoco son capaces de posesion verdadera. Pero así como respecto de ellas una *cuasi posesion* reemplaza á la posesion, hay tambien una *cuási tradicion*, que se verifica por el acto de ejercer uno el derecho que ha adquirido con la tolerancia y aquiescencia de aquel de quien le hubo (2).

Si el fundamento de este modo de adquirir, como dice Justiniano, es la equidad natural que exige la validez de la voluntad del que quiere traspasar á otro una cosa que le pertenece, es claro que al acto material de la tradicion debe preceder la intencion de trasferir el dominio. De aquí proviene la doctrina de que en tanto la tradicion trasfiere el dominio en cuanto está acompañada de un título hábil; de aquí tambien la de que no basta en los contratos la mera voluntad sin tradicion para trasferir el dominio. Esta doctrina ha sido ya explicada al tratar de la posesion, alterando si se quiere el órden riguroso propio de una obra dogmática, pero imposible en las exegéticas, en que el comentador se vé precisado á seguir el texto, tal cual se presenta. Sin embargo de esto, no completé allí una indicacion á que ahora debo añadir algunas palabras. Dije que reputaba como falsa la teoría de que las cosas provenientes de otro requerian siempre para sú adquisicion título y modo, y como muchos y muy respetables juristas la han establecido como un axioma, creo que bastará para justificar mi opinion citar los ejemplos de las adquisiciones por última voluntad, y las adjudicaciones hechas en los juicios dobles en que sin tradicion se trasfiere la propiedad, como tendré lugar de observar oportunamente. Pero no basta la voluntad del dueño y la entrega de la cosa para trasferir la propiedad; es además indispensable, como queda tambien expuesto al tratar de la posesion, que aquel tenga facultad legal de enajenarla, facultad que algunas veces corresponde al que es dueño.

(1) §. 28, Comentario II de sus Inst.
(2) Ley 5, tít. I, lib. VII del Dig.

He dicho que la tradicion no necesita ser precisamente material, sino que basta que la cosa quede á disposicion del que nuevamente adquiere el dominio: de aquí se infiere que puede hacerse de diferentes modos. Estos, si bien no se diferencian en sus efectos, llevan los diversos nombres de *tradicion verdadera, simbólica, longâ manu, brevi manu* y *constitutum possessorium*. La tradicion verdadera consiste en entregar realmente la cosa al que la ha de adquirir: como en las cosas inmuebles no puede haber esta entrega material, viene á representarla el acto de llevarlo á la finca, y dentro de ella ó á su vista manifestar que se le da la posesion (1). La simbólica, segun la acepcion que generalmente tiene entre los intérpretes, pero que no le dieron los romanos, es la que se verifica entregando un objeto que haga posible la toma material de la posesion, como dando las llaves de la habitacion en que está la cosa que se traspasa. Llámase *longâ manu* cuando la cosa se deposita á la vista del que la debe de recibir, ó por órden suya la llevan á su casa (2); y *brevi manu* cuando se da al que posee la cosa en nombre ajeno el derecho de retenerla como propia; así acontece cuando se cede su dominio al que ya la tenia en concepto de empeñada (3). Mas por el contrario puede suceder que el dueño de la cosa la traspase á otro, y continúe sin embargo en su posesion material en virtud de un contrato, como por ejemplo, si habiendo vendido una casa sigue habitándola como arrendatario (4): entonces la posesion jurídica estará en el comprador: á esto llaman los modernos *constitutum possessorium*.

Cujuscumque generis sit.—Sobrentiéndese en estas palabras que las cosas han de ser capaces de enajenacion: por lo tanto ni las sagradas, ni las religiosas, ni las santas, están comprendidas en el texto. Las palabras *cujuscumque generis* aluden á la igualacion de las cosas llamadas *mancipi* y *nec mancipi*, que tanto diferian en el antiguo derecho romano. En otras ocasiones he hecho ya referencia á ellas, especialmente al tratar de la pátria potestad, de la adopcion y de la emancipacion: añadiré ahora lo que crea conveniente para dar una idea sucinta de esta parte de las antigüedades, que sirva al mismo tiempo para la concentracion y unidad de las noticias que en virtud del método exegético se han de repartir en varios lugares. El genio austero y exclusivo del primitivo derecho no se limitaba á las personas, era tambien extensivo á las cosas: del mismo modo que los individuos debian ser ciudadanos para tener participacion en el derecho civil,

(1) §. 2, ley 18, tít. II, lib. XLI del Dig.
(2) Ley 79, tít. III, lib. XLVI del Dig.
(3) §. 1, ley 9, tít. II, lib. VI del Dig.
(4) §. inicial de la ley 18, tít. II, lib. XLI del Dig.

para ser las cosas objeto de él en su sentido estricto necesitaban de un sello particular que les daba, por decirlo así, la naturalizacion romana. Las Doce Tablas solo reconocian esta especie de propiedad á la que se suele dar el nombre de *dominio quiritario*, *dominium ex jure Quiritium:* el que no la tenia, como dice Cayo, no tenia dominio (1). Mas las mismas causas que influyeron para que el derecho respecto á las personas fuera adquiriendo sucesivamente con la extension del Estado un carácter mas general, produjeron en las cosas un efecto parecido. Así es que en los tiempos mas florecientes de la jurisprudencia habia además del dominio quiritario, esto es, de la propiedad de las cosas que por excelencia se decia que estaban en *dominio*, otra propiedad de las que estaban *in bonis* (2), á que algunos intérpretes han dado el nombre de *dominio bonitario*. De aquí la division de las cosas *mancipi* y *nec mancipi*: Cayo (3) señala como orígen de esta nomenclatura el rito de la *mancipacion* con que las cosas *mancipi* se trasladaban á otros, y la palabra *mancipacion* parece que viene á *manu capiendo*, puesto que se referia á las cosas que eran susceptibles de tradicion.

Ulpiano (4) dice que eran cosas *mancipi*, primero, los predios rústicos y urbanos del suelo itálico: segundo, las servidumbres rústicas: tercero, los esclavos y los cuadrúpedos, que eran domados y sufrian yugo ó carga, *quæ dorso, collove domantur*. Cada una de estas especies requiere cierta explicacion.

El suelo hacia que la propiedad inmueble fuera del dominio quiritario. En el exclusivismo del antiguo derecho solo el campo romano, *ager romanus*, era de esta naturaleza; pero conforme fué engrandeciéndose el Estado, se fué tambien ensanchando el estrecho círculo primitivo. Así es que la calificacion de *res mancipi*, sucesiva y gradualmente pasó del suelo romano al de las colonias, despues al del Lacio, y de este al de Italia. Pero por regla general no se extendió mas allá, si bien por concesiones particulares obtuvieron este privilegio algunos territorios, y en su virtud quedaron asimilados al suelo itálico. De aquí se infiere que el derecho itálico, *jus italicum*, era un privilegio puramente territorial: el suelo provincial ni gozaba de sus beneficios, ni los que se aprovechaban de él tenian un verdadero dominio, sino una especie de posesion y usufructo con la obligacion de pagar cierto tributo anual al propietario, que en unas provincias era el pueblo romano, *provinciæ populi romani*, llamándose las heredades *prædia sti-*

---

(1) §. 40, Com. II de sus Inst.
(2) §. 40 citado.
(3) §. 22, Com. II de sus Inst.
(4) § I, tit. XIX de sus Reglas.

pendiaria; y en otras lo era el Emperador, *provinciæ Cæsaris*, recibiendo entonces las tierras el nombre de *prædia tributaria*. Mas esta diferencia fué sucesivamente mitigándose, conforme fué adquiriendo el derecho un carácter mas general y mas filosófico; pero solo por medios indirectos y dejando subsistentes los antiguos principios. La célebre constitucion de Caracalla, anteriormente mencionada, nada innovó en semejante estado de cosas, aunque llamaba á la ciudadanía á todos los habitantes del imperio; la generalizacion del nombre romano no cambió la condicion del suelo provincial: Justiniano fué el que hizo la nivelacion (1).

Paso á tratar de las servidumbres rústicas. Poco conforme es con los principios generales que fueran contadas entre las cosas *mancipi*; la etimología de estas lo repugna abiertamente: las cosas incorporales, como que consisten en una mera creacion legal, son incapaces de tradicion, y así es que Cayo las enumera entre las *nec mancipi* (2). Las servidumbres rústicas forman la excepcion de la regla, lo que sin duda se hizo para dar mayor impulso á la agricultura. Segun se verá mas adelante, otra cosa incorporal, la herencia, que no comprende solo los derechos presentes sino tambien los futuros, y que como desde luego aparece es una mera abstraccion jurídica, fué considerada bajo cierto aspecto como cosa *mancipi*, siendo preciso para salvar las fórmulas introducir una mancipacion fingida que reemplazase á la verdadera.

A los esclavos y á los animales de que habla Ulpiano se debe añadir la familia, que, como manifesté en otro lugar, estaba en el dominio quiritario del padre. Pero no todos los animales que sufrian yugo ó llevaban carga tenian la consideracion de cosas *mancipi*; el mismo Ulpiano (3) exceptúa los elefantes y los camellos. Sin duda su aspecto peregrino, como observa Ortolan oportunamente, debió parecer opuesto á la consideracion rigurosamente nacional del derecho quiritario: sin embargo, el jurisconsulto se funda en su naturaleza salvaje, *quoniam bestiarum numero sunt*.

La diferencia entre las cosas *mancipi* y *nec mancipi* consistia en que la propiedad de las primeras no podia trasmitirse por la sola tradicion, sino que exigia la emancipacion ú otro medio legal, que no era necesario respecto de las segundas; y en que la enajenacion de aquellas se prohibia en muchos casos en que se permitia la de estas: la mujer, por ejemplo, que estaba sujeta á tutela perpétua, al paso que podia enajenar sin la autorizacion de su tutor las co-

---

(1) Título XXV, lib. VII del Cód.
(2) §. 17 del Com. II de sus Inst.
(3) §. 1, tit. XIX de sus Reglas.

sas *nec mancipi*, no podia hacer lo mismo con las *mancipi* (1). Otra diferencia muy esencial habia entre uno y otro dominio, á saber: que las acciones que el derecho civil daba al dueño solo competian al que tenia el dominio quiritario. Así es que el que gozando de este traspasaba á otro una cosa *mancipi*, solo por la tradicion y sin otro acto legal, no le transferia mas que la facultad de aprovecharse de la cosa (2) y retenia la reivindicacion, accion civil, que debia permanecer segun el derecho estricto en el que conservaba el dominio romano: habia pues, en este caso dos dueños, uno natural, que tenia la cosa *in bonis*, y otro civil que la tenia *in dominio*. De creer es que el pretor no dejaria sin auxilio en este caso al que tenia la cosa *in bonis* contra el que conservaba el dominio en el riguroso sentido de la ley: la equidad exigia aquí de lleno una excepcion, que dejara sin efecto la injusticia de la demanda.

Solo habia un modo especial de adquirir las cosas *mancipi*; este era el llamado primitivamente *mancipium*, palabra aplicada despues para designar el derecho adquirido por el acto, y reemplazada con la de *mancipatio*. La mancipacion exigia una fórmula solemne en que solo tenian participacion los ciudadanos, los latinos, y los extranjeros que gozaban del *commercium*, esto es, del derecho de comprar y vender; verificábase por el rito *per æs et libram*, descrito en otra ocasion.

La usucapion, la cesion *in jure*, la adjudicacion y la adquisicion por ministerio de la ley eran modos de adquirir, comunes tanto á las cosas *mancipi* como á las *nec mancipi*.

Concluiré estas breves explicaciones diciendo que la diferencia de las cosas *mancipi* y *nec mancipi*, aun antes de ser suprimida de derecho por Justiniano, puede decirse que solo existia históricamente y sin trascendencia á la práctica; así es que la constitucion de aquel Emperador (3), al abolir el dominio quiritario, califica la antigua doctrina de sutil, de supérflua, desusada, enigmática y confusa.

Corporalis res.—Las cosas incorporales, como queda dicho, no son capaces de verdadera tradicion.

Non aliter emptori acquiruntur.—Esta doctrina es una emanacion de la que queda sentada al comentar este mismo texto. Para trasladar la propiedad por medio de la tradicion deben ir unidos el hecho de entregar la cosa y la voluntad de hacer al que la recibe dueño de ella; y el que vende y entrega una cosa, en tanto quiere trasferir

(1) §. 80 del Com. II de las Inst. de Cayo.
(2) §. 88 del Com. II, y §. 166 del Com. III de las Inst. de Cayo.
(3) Título XXV, lib. VII del Cód.

la propiedad en cuanto se le pague el precio convenido, ó de cualquier otro modo se le satisfaga.

Vel alio modo satisfecerit.—Puede quedar satisfecho el vendedor sin que se verifique el pago, como lo comprueban los ejemplos del texto.

Expromissore.—Llámase *expromisor* al que, libertando al deudor, toma sobre sí la obligacion de pagar la deuda. La doctrina del texto tiene la misma aplicacion si el comprador recibe una fianza.

Duodecim tabularum.—Las Doce Tablas al formular este precepto de equidad universal no le quitaron el carácter que antes tenia de derecho general y admitido en todos los pueblos, dándole la índole exclusiva del derecho civil.

Jure gentium, id est jure naturali.—Ya he manifestado en otras ocasiones la poca precision con que Justiniano suele usar estas denominaciones.

Fidem emptoris.—Por ejemplo, si el vendedor solo diere fiado con la condicion de pagar á cierto plazo.

Cui libera administratio.—Oportunamente se manifestará que no solo podemos hacer las cosas por nosotros mismos sino tambien autorizando competentemente á otras personas, las cuales no deben traspasar al cumplir su encargo los límites del mandato que reciben.

44 Interdum etiam, *sine traditione, nuda* voluntas sufficit domini ad rem transferendam, veluti, si rem, quam tibi aliquis commodavit aut locavit aut apud te deposuit, vendiderit tibi aut donaverit. Quàmvis enim ex eâ causâ tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim acquiritur tibi proprietas, perindè ac si eo nomine tradita fuisset (*a*).
45 Item, si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque *claves horrei* tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem (*b*).

44 Algunas veces la mera voluntad del dueño basta sin necesidad de tradicion para trasferir el dominio, por ejemplo, si alguno te vende ó te dona la cosa que te tiene dada en comodato, en arrendamiento ó en depósito; porque, aunque no te la entregue en virtud de la venta ó donacion, adquieres su propiedad en el mismo momento en que él consiente que sea tuya, de igual modo que si te la hubiese entregado con este fin (*a*).
45 Asímismo el que ha vendido mercancías depositadas en un almacen, inmediatamente que entrega sus llaves trasfiere al comprador la propiedad de las mercancías (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 5, ley 9, tít. I, lib XLI del Dig.)
(*b*) Copiado de Cayo. (§. 6, ley 9, tít. I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Sine traditione.—Las doctrinas generales que al hablar de la tradicion he consignado sirven para comprender este texto con toda claridad. Díjose allí que la tradicion, para traspasar el dominio, además del acto material, en virtud del cual damos al que adquiere la facultad física de disponer de la cosa, requeria nuestra intencion de hacerle propietario. Estas dos circunstancias no siempre concurren simultáneamente, sino que á las veces, existiendo ya una, viene la otra á completar la adquisicion. En el texto se ofrecen algunos ejemplos, y ya he explicado esta doctrina al hablar de la especie de tradicion á que se da los nombres de *longâ manu, brevi manu, constitutum possessorium*.

Nuda.—Esta palabra no tiene aquí la significacion que se le da en otros lugares del derecho romano, pues no quiere decir que la voluntad carece de fuerza civil de obligar. Se refiere solo á que la intencion de traspasar la cosa no está unida al acto material de la entrega.

Claves horrei.—Tambien al hablar de la tradicion en general he expuesto la doctrina de este párrafo, que se refiere á la especie de entrega que, siguiendo el modo comun que tienen los intérpretes de designarla, he llamado *tradicion simbólica*. Solamente añadiré con objeto de completar este punto, que para que la tradicion simbólica trasfiera la propiedad, es necesario que el signo, como son en este texto las llaves, sea entregado tan cerca de los almacenes que se pueda desde luego tomar con ella la posesion física de las mercancías (1).

46 Hoc amplius, interdum et *in incertam personam* collocata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce prætores vel consules, qui *missilia jactant in vulgus*, ignorant, quid eorum quisque excepturus sit; et tamen, quia volunt, quod quisque exceperit, ejus esse, sta-
47 tim eum dominum efficiunt (*a*). Quâ ratione verius esse videtur, ut, si *rem pro derelicto* à domino *habitam occupaverit* quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus eâ mente ab-

46 Hay casos en que la voluntad del dueño, que se refiere á una persona incierta, traspasa la propiedad de la cosa; por ejemplo, los pretores y los cónsules que arrojan al pueblo monedas ignoran qué es lo que cada uno ha de coger; mas como quieren que cada uno haga suyo lo que coja, le hacen dueño inmediatamente (*a*). Por la misma razon el 47
que ocupa una cosa abandonada por su dueño la adquiere inmediatamente. Se considera abandonado por el dueño lo que este desecha con la in-

(1) Ley 74, tít. I, lib. XVIII del Dig.

jecerit, ut id rerum suarum esse
nollet, ideòque statim dominus es-
48 se desiit (b). *Alia causa est* earum
rerum, quæ in tempestate maris,
levandæ navis causâ, ejiciuntur. Hæ
enim dominorum permanent, quia
palàm est, eas non eo animo ejici,
quo quis eas habere non vult, sed
quo magis cum ipsâ nave periculum
maris effugiat: quâ de causâ si quis
eas fluctibus expulsas, vel etiam in
pso mari nactus, lucrandi animo
abstulerit, furtum committit. Nec
longè discedere videntur ab his,
quæ de rhedâ currente, non intelli-
gentibus dominis, cadunt (c).

tencion de no contarlo ya entre sus
bienes; dejando así de ser su pro-
pietario en el instante (b) No suce- 48
de lo mismo con las cosas que se
arrojan en una tempestad, con ob-
jeto de aliviar la nave: estas perma-
necen de sus dueños, que evidente-
mente no las arrojan porque ya no
las quieran poseer, sino por salvar
el buque y libertarse del peligro.
Por esta razon el que se apodera de
ellas con la intencion de hacerlas
propias, en el caso de que fuesen
arrojadas por las olas á la orilla, ó en-
contrándolas en el mar, comete hur-
to. Grande analogía tienen con estas
cosas las que se caen de los carrua-
jes, sin que el dueño lo perciba (c).

ORIGENES.

(a) Tomado de Cayo. (§. 7, ley 9, tit. I, lib. XLI del Dig.)
(b) Tomado de Ulpiano. (Ley 1, tit. VII, lib. XLI del Dig.)
(c) Tomado de Cayo. (§. 8, ley 9, tít. I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

In incertam personam.—La voluntad de trasferir el dominio de las cosas supone por regla general que ha de ser cierta la persona á que hacemos propietaria. El principio del texto habla del caso en que no concurre esta circunstancia: aunque por la voluntad del dueño cada uno de los aprehensores hace suyo el dinero que coge del arrojado á la multitud en algunas solemnidades, puede considerarse que la ocupacion y la tradicion concurren á este mismo objeto.

Missilia jactant in vulgus.—Suetonio nos refiere que algunos Emperadores arrojaron dinero al pueblo: á ejemplo suyo sin duda lo hicieron despues los magistrados, á los cuales se lo prohibió una constitucion de los Emperadores Valentiniano y Marciano (1). Está fué derogada por Justiniano (2) permitiéndoseles que lo hicieran en solemnidades determinadas; pero quedó siempre prohibido que pudieran arrojar monedas de oro, lo que solo era lícito á los Emperadores, *cui soli aurum contemnere fortunæ permittit fastigium.*

(1) Ley 2, tít. III, lib. XII. del Cód.
(2) §. 1 del cap. 2 de la nov. 105.

Rem pro derelicto habitam.—Cuando el propietario de una cosa deja la posesion legal que tenia, y abandona la intencion de dominio, de que he hablado, pierde la propiedad en el momento mismo, y la cosa se hace *nullius*. Las palabras del texto, *statim dominus esse desiit*, al establecer con razon esta doctrina, desechan implícitamente la opinion de Próculo (1), segun la cual en tanto se perdia el dominio en cuanto otro se apoderaba de la cosa.

Occupaverit.—Justiniano usa de la palabra ocupacion, porque en este caso por ella, y no por la tradicion, adquirimos el dominio.

Alia causa est.—Este texto no establece propiamente una nueva doctrina, sino que confirma con ejemplos la ya expuesta. Cuando un peligro inminente hace arrojar mercancías al mar, cuando por un descuido en asegurar bien la carga, ó por un contratiempo imprevisto, esta se desprende del carruaje, es claro que si bien se pierde la posesion material de la cosa, permanece aun la jurídica y verdadera, y que aun conservamos la intencion de dominio sobre las cosas que perdemos. Siendo, pues, nuestras las cosas así extraviadas, nadie puede apropiárselas, y el que lo hace con este designio comete un hurto.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

En las diversas materias que abraza este título observamos bastante conformidad con nuestras leyes: hay sin embargo algunas diferencias interesantes, que notaré sucesivamente siguiendo el mismo órden de los textos del Emperador, y de la exposicion del comentario.

Las leyes de Partida (2), adoptando la clasificacion y nomenclatura romanas, no solamente admitieron la quíntuple division de cosas comunes, públicas, de corporaciones, de particulares y aquellas en que no se constituia dominio, sino que tambien subdividieron estas últimas en sagradas, religiosas y santas, como si lo consintieran nuestros principios religiosos y civiles y fuera de alguna aplicacion en España. Poco me detendré en esta materia, de escaso interés bajo el punto de vista práctico, limitándome solo á hacer ligeras indicaciones acerca de algunos bienes que por su índole particular parece que lo requieren.

Manifestaré primeramente que en tanto las leyes civiles clasifican eficazmente las cosas, en cuanto puedan ser objeto de derechos; esto me dispensará de entrar en prolijas explicaciones acerca de teorías des-

(1) Ley 2, tít. VII, lib. XLI del Dig.
(2) Ley 2 y siguientes del tít. XXVIII, Part. III.

envueltas en nuestras leyes con arreglo á los principios romanos del título que he comentado.

Respecto á las cosas comunes y públicas (1), casi nada debo añadir: establecido el principio de que son de uso general, las leyes fijan el modo de proteger á todos en su derecho y de impedir los monopolios que algunos pudieran hacer: de aquí dimanan las reglas que se refieren á las edificaciones en los rios y en las costas, las que establecen las épocas, los modos y los lugares del ejercicio de la caza y de la pesca, las que señalan el uso de los abrevaderos, y otras muchas que por su naturaleza son del derecho administrativo, si bien cuando se considera un título ya adquirido de propiedad ó de servidumbre, son materia del derecho civil.

Advertiré que segun nuestras leyes el mar litoral es del dominio nacional y de uso público, y su navegacion comun á todos los buques nacionales y extranjeros, con sujecion á las disposiciones que se adoptan, y que el Estado, dueño de la costa, puede hacer en ella cuanto se refiere á la defensa, independencia y dignidad de la nacion, estableciendo reglamentos de vigilancia, haciendo respetar el derecho de asilo como está consentido por todas las potencias marítimas; y por último que tambien corresponden al Estado las abras, ensenadas, calas, radas, bahías y puertos (2).

En cuanto á las cosas de corporacion, entendida esta palabra en el sentido que los romanos daban á la de *universitas*, está muy generalizada en España una clase de bienes conocida bajo el nombre de *comunes*. En ellos tienen la propiedad uno ó mas pueblos, y sus vecinos el aprovechamiento. Las cuestiones que acerca de la mayor ó menor fuerza de los títulos de dominio ó de otro privado pueden suscitarse, se deciden segun las leyes generales, de que no está exceptuada ni aun la misma propiedad nacional, ni la del Rey; pero relativamente á la forma y tiempo del disfrute se sujetan á las decisiones de la Administracion. No deben confundirse estos bienes con los de *propios*, que constituian el patrimonio de los pueblos, destinado á cubrir todas ó parte de las cargas comunes, y de que los vecinos no se aprovechaban individual sino colectivamente. Estos bienes, en la division de las leyes de Partida y de las romanas, correspondian á la clase de cosas particulares, si bien en su administracion y en las formas de su arrendamiento y de su enajenacion estaban sujetos á las reglas del derecho administrativo.

Ni entre nosotros es religioso el lugar en que se entierra un cadáver, ni santas las puertas, las murallas ó las cercas de los pueblos. Estas últimas corresponden ya á la nacion, ya á los pueblos: á la na-

(1) Título XXVIII, Part. III.
(2) Arts. 2 y 3 de la ley de 5 de agosto de 1866.

cion cuando fueran costeadas por ella las obras, ó para la defensa del país, como sucede en las plazas fuertes, ó para hacer mas difícil la defraudacion de algunos tributos generales, que se pagaban sobre artículos de consumo: á los pueblos, cuando estos las habian edificado y las conservaban, ó para proteger antes la recaudacion de los arbitrios municipales, ó como ahora para seguridad, policía ú ornato. Nuestra costumbre de enterrar en cementerios benditos, práctica que ha reemplazado á la de hacerlo en las iglesias, deja inútil la clasificacion de cosas religiosas, carácter que tampoco atribuimos al lugar, fuera de sagrado, en que se da tierra á un cadáver. La division de cosas sagradas y eclesiásticas, que puede considerarse reemplaza entre nosotros á la de las sagradas, santas y religiosas de los romanos, es mas propia del derecho canónico que del civil.

A las clases de derecho *en la cosa*, ya enumeradas, deben añadirse entre nosotros los censos reservativo y consignativo.

Respecto á la caza, una ley de Partida (1), separándose de la romana, daba lo cazado al dueño de la heredad cuando prohibia su entrada al cazador, doctrina corregida en nuestro concepto por la declaracion moderna (2), que permite cazar en terrenos no acotados.

Las Partidas (3) siguieron al derecho romano en las adquisiciones por aluvion y por violencia de las aguas, añadiendo solamente que en el caso de que el predio desprendido pasara á ser del dueño de aquel á que se habia adherido, por haberse arraigado los árboles, el que reportaba el beneficio indemnizára al otro los perjuicios. Una ley moderna ha alterado al parecer el derecho anterior, conservando siempre la propiedad del terreno adherido al que antes la tenia (4).

En nuestro derecho se encuentra consignada la opinion (5) que expuse en el comentario acerca de la isla que nacia en el rio mas próximamente á una de sus riberas. Estas islas son aumento proporcional de las heredades contiguas segun su proximidad y extension, señalando el centro del rio la parte que á cada uno corresponde.

En la adjuncion hecha con soldadura, si esta es de diferente metal, permanecen las cosas de los primitivos dueños; en los demás casos, y respecto de los diferentes modos de ejecutarse, nuestras leyes siguen á las romanas (6).

Tambien establecen las leyes de Partida la accion del duplo contra el que edificó de buena ó de mala fé en terreno propio con materiales ajenos (7), aunque por una de ellas se impone al edificante de mala

(1) Ley 17, tít. XXVIII, Part. III.
(2) Art. 4 del Real decreto de 3 de mayo de 1834.
(3) Ley 26, tít. XXVIII, Part. III.
(4) Art. 81 de la ley de 3 de agosto de 1866.
(5) Ley 27, tít. XXVIII, Part. III, y art. 83 de la ley de 3 de agosto citada.
(6) Ley 35, tít. XXVIII, Part. III.
(7) Ley 16, tít. II, y ley 38, tít. XXVIII, Part. III.

fé la indemnizacion de los daños y perjuicios que resulten segun juramento del demandante, moderados por el juez si le parecieren exorbitantes. Así, en mi concepto, el dueño antiguo de los materiales tiene contra el edificante de mala fé una accion alternativa, ó para pedir el duplo ó para reclamar la indemnizacion. En la práctica solo se condena al pago de la estimacion de los materiales al edificante de buena fé. Nuestras leyes nada dicen respecto de la indemnizacion del que con materiales propios edificó en suelo ajeno: estoy tan conforme con la equidad de la doctrina romana, que no tengo inconveniente en decir que este es el camino que tiene abierto el juez en el silencio de la ley.

Las dudas y cuestiones suscitadas en el derecho romano respecto á si los frutos meramente naturales se hacen del poseedor de buena fé que los percibe, se hallan resueltas entre nosotros y consagrado el principio de que siempre pertenecen al propietario (1).

Las leyes de Partida están conformes con las romanas respecto al hallazgo de los tesoros (2). No debe aplicarse su doctrina á las minas, sujetas á una legislacion especial, que establece el principio de que corresponden al Estado, y que todos los españoles y extranjeros pueden libremente hacer calas y catas para descubrir, reconocer y obtener la concesion de los criaderos de sustancias metálicas, combustibles, salinas ó piedras preciosas, ya se encuentren en el interior de la tierra ó en su superficie, ya en terrenos realengos, en los comunes ó en los concejiles, resarciendo los daños que ocasionen estas operaciones (3), y arreglándose á las importantes disposiciones sobre la explotacion de este ramo de riqueza, que en su mayor parte se refieren al derecho administrativo. Las arenas auríferas y cualesquiera otras producciones minerales de los rios y placeres son de libre aprovechamiento, si no se hacen las operaciones en establecimientos fijos (4).

Terminaria aquí, vista la conformidad de nuestras leyes con las romanas en las demás materias que este título comprende, si no creyera conveniente añadir alguna cosa acerca de la expropiacion por causa de utilidad pública, que viene á ser una limitacion al derecho de propiedad. En la Constitucion de la monarquía (5), está consignado el principio de que nadie podrá ser expropiado, sino por causa de utilidad comun, en virtud de mandamiento judicial y prévia la indemnizacion correspondiente: en apoyo de este precepto constitucional viene otra ley (6), que marca las solemnidades y los

(1) Ley 39, tít. XXVIII, Part. III.
(2) Ley 45, tít. XXVIII, Part. III.
(3) Leyes 3 y 4, tít. XVIII, lib. IX de la Nov. Recop.: art. 4 del Real decreto de 4 de julio de 1825; y leyes de 6 de julio de 1859 y 4 de marzo de 1868.
(4) Artículo 6 de la ley citada de 6 de julio.
(5) Artículo 14.
(6) La de 17 de julio de 1836.

trámites por que debe pasar la expropiacion. Dejando como ajenas de este lugar las re glas administrativas y algunas disposiciones minuciosa que deben ser rigurosamente observadas, me limitaré á decir que ni los particulares, ni las corporaciones, ni los establecimientos, de cualquier clase que sean, pueden ser compelidos á ceder ó enajenar su propiedad para obras de interés comun, sin que preceda la declaracion solemne de que la obra proyectada es de utilidad pública, el permiso necesario para realizarla, la declaracion de que es indispensable que se ceda el todo ó parte de una propiedad para su ejecucion, el justiprecio de lo que haya de cederse ó enajenarse, y por último, el pago del precio de indemnizacion. Entiéndese como obra de utilidad pública la que tiene por objeto directo proporcionar al Estado en general, ó á una ó mas provincias, ó á uno ó mas pueblos, usos ó disfrutes de beneficio comun, bien sea hecha por cuenta del Erario, ó á costa de las provincias, de los partidos ó de los pueblos, ó por empresas competentemente autorizadas.

La declaracion de que la obra es de utilidad pública y el permiso para emprenderla exigen una ley especial cuando hay que imponer una contribucion que grave á una ó mas provincias: en los demás casos corresponde al gobierno la declaracion y el permiso.

TITULUS II.

De rebus incorporalibus.

TITULO II.

De las cosas incorporales.

En el título anterior, al hablar de las cosas, dije que además de las que tenian una existencia natural, habia otras creadas por la ley en virtud de ciertas abstracciones. Esta es la division de cosas corporales ó incorporales, y que con una nomenclatura menos complicada podrian llamarse *cosas* y *derechos*. Coloca aquí el Emperador este título como preliminar á las servidumbres reales y personales de que se trata en los siguientes.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales.

Hay algunas cosas que son corporales y otras incorporales.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 12, Com. II de sus Inst.)

Corporales hæ sunt, quæ sui naturâ *tangi possunt*: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles.

Corporales son las que por su naturaleza pueden ser tocadas, como una heredad, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras muchas cosas.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 13, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Tangi possunt.—La definicion del texto está tomada de los filósofos estóicos, que, fundándose en que no podemos tener sensaciones sin el contacto de los órganos por medio de los que las percibimos, reducian todos los sentidos al tacto: comprende, pues, todas las cosas que caen bajo la inspeccion de nuestros sentidos, es decir, cuantas tienen una existencia real.

2 Incorporales autem sunt, quæ *tangi non possunt*. Qualia sunt ea, *quæ in jure consistunt*: sicut hæreditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate *res corporales continentur*: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliquâ obligatione nobis debetur, plerumquè corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus hæreditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis, incorporale est. Eodem numero sunt *jura prædiorum* urbanorum et rusticorum, *quæ* etiam *servitutes vocantur*.

Son incorporales las que no pueden ser tocadas, como la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones, de cualquier modo que estén contraidas. Ni importa que en la herencia se comprendan cosas corporales, porque los frutos que el usufructuario percibe de una heredad son corporales, y lo que se nos debe en virtud de una obligacion suele ser casi siempre corporal, como la heredad, el esclavo ó el dinero; y sin embargo el mismo derecho hereditario, el de usar y gozar, y la obligacion son incorporales. A esta clase de cosas corresponden los derechos en las heredades rústicas y urbanas, á que se da el nombre de servidumbres. 2

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 13. Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Tangi non possunt.—Las cosas incorporales no están sujetas á los sentidos, porque no existen en nuestro patrimonio sino en virtud de una abstraccion y solo por efecto de la inteligencia.

Quæ in jure consistunt.—Por esto se les da, no impropiamente, el nombre de *derechos.* Estos derechos ó son *en la cosa ó á la cosa*, como ya en otro lugar queda manifestado.

Res corporales continentur.—Todas las cosas de creacion jurídica, es decir, todos los derechos se refieren á una cosa corporal. Así, siguiendo el ejemplo del Emperador, se observa que el usufructo, cosa incorporal, recae sobre una corporal, que es la finca á que afecta, y que tiene por fin la percepcion de frutos, que son tambien cosas corporales. Lo mismo acontece en el caso de que un derecho verse acerca de otro derecho, ó lo que es lo mismo, que una cosa incorporal recaiga sobre otra tambien incorporal, pues en último resultado todo vendrá á referirse á una cosa que tenga existencia física: si uno, por ejemplo, recibió un legado de usufructo de una heredad, tendrá un derecho para reclamar otro derecho; pero uno y otro recaerán sobre una finca y sobre sus productos, que son cosas corporales.

Jura prædiorum, quæ servitutes vocantur.—Sin anticipar doctrinas que tendrán mas oportuna cabida en el título siguiente, debo aquí explicar estas dos palabras *jura, servitutes*, aplicadas para expresar una misma idea, á pesar de que por su significacion gramatical parece que se excluyen. Las dos palabras están adoptadas con bastante propiedad, aunque bajo puntos de vista opuestos diametralmente. Consideradas las desmembraciones de la propiedad con relacion á la persona ó heredad en cuyo favor se hallan constituidas, se llaman y son realmente *derechos*, y en otro lugar les he dado la calificacion de *derechos en la cosa*; mas si se atiende solo á la heredad sobre que pesan, y á la prohibicion que tiene el propietario de hacer, ó á la necesidad de permitir, se justifica perfectamente la denominacion de servidumbres con que generalmente se las designa.

TITULUS III.	TITULO III.
De servitutibus.	**De las servidumbres.**

Antes de empezar á exponer y á comentar los textos de este título, creo conveniente anticipar algunas doctrinas generales acerca de las servidumbres, que, al mismo tiempo que sirvan de preparacion para las especiales de cada una de sus clases, den unidad al conjunto de las materias que se exponen en este y en los dos títulos siguientes.

Al hablar de *los derechos en la cosa* comprendí entre ellos las servidumbres, y manifesté que solo eran una desmembracion de la propiedad. Efectivamente, en virtud del dominio absoluto podemos aprovecharnos exclusivamente de la cosa y de sus productos: tan luego como esta ámplia facultad se halla cohibida, tenemos una especie de compartícipe en el dominio, que puede hacer ó que puede impedirnos en nuestra propiedad lo que sin esta traba pudiéramos ejecutar. Siempre, pues, que está limitada la libertad natural, que como á propietarios absolutos nos corresponde en una heredad, por tener que permitir que otro haga, ó no poder nosotros hacer, se dice que la propiedad es no libre, ó lo que es lo mismo, está gravada con una servidumbre. Segun esto puede definirse la servidumbre: *derecho establecido sobre una heredad ajena en beneficio de una persona ó de otra heredad, en virtud del cual el propietario está obligado á sufrir ó á no hacer alguna cosa en la suya.* A primera vista aparece la distinta significacion que tiene la palabra *servitus*, *servidumbre*, aplicada á las cosas, como lo está aquí, respecto de la que tenia al tratar del primer objeto del derecho, y que he traducido con la voz castellana *esclavitud.* Algunos principios generales que se deducen de la idea que acabo de dar de la servidumbre exigen particular atencion.

Siendo la servidumbre una desmembracion de la propiedad, es claro que no puede existir sin una cosa que pertenezca á otro: de aquí dimana la regla de que ninguno puede tener una servidumbre constituida sobre cosa propia: *res sua nemini servit* (1). Así cuando el dueño de una finca que está afecta á servidumbre consigue libertarse de la carga, ó por el contrario, cuando el que la tenia establecida á su favor adquiere la propiedad de la heredad gravada, se extingue la servidumbre, pues que la esencia de esta consiste en la separacion de derechos, que en estos casos se consolidan.

En el hecho de exigirse para la existencia de la servidumbre una heredad á la que grave, se infiere que no puede recaer ni sobre las cosas muebles, ni sobre las incorporales: acerca de estas últimas dice Paulo (2): *servitus servitutis esse non potest.*

La servidumbre únicamente puede consistir en no hacer, ó en sufrir: lo cual no quiere decir que el propietario no puede obligarse á hacer, sino solo que el derecho no nacerá entonces de una servidumbre, sino del contrato que se celebró. No debe creerse que esto sea una cuestion de palabras, é inútil en cuanto á la esencia de las cosas,

---

(1) §. inicial, ley 5, tit. VI, lib. VII del Dig.
(2) Ley 1, tit. II, lib. XXXIII del Dig.

pues basta considerar que las servidumbres constituyen un *derecho en la cosa*, y que los contratos solo producen un *derecho á la cosa*, para conocer los diversos efectos jurídicos que emanan de esta diferente consideracion. Así es que al mismo tiempo que la servidumbre, adherida esencialmente á la heredad, la sigue cualquiera que sea el poseedor á que pase (1), la obligacion solo se refiere al que contrató y á sus sucesores.

La naturaleza ordinaria de la propiedad consiste en ser libre, esto es, en que el dueño pueda aprovecharse sola y exclusivamente de ella y de sus productos: de aquí dimana que en caso de duda mas bien debe estarse por la no existencia de la servidumbre, y que cuando consta debe ser estrictamente interpretada, sujetándose su ejercicio á la forma prescrita, y por regla general del modo menos oneroso al propietario (2).

Las servidumbres son *reales* ó *personales*. Limítase este título á las reales, llamadas en el anterior por Justiniano (3), *jura prædiorum*, y otras veces *servitutes prædiorum* (4) y *servitutes rerum* (5), ó simplemente *servitutes* (6). Servidumbre real es el *derecho constituido sobre una heredad á favor de otra heredad, que puede ser ejercido por el poseedor de la primera contra el de la segunda* (7). Para la existencia, pues, de esta servidumbre es necesario que haya dos heredades correspondientes á diferentes dueños, una que deba la servidumbre, *prædium* ó *fundus serviens* (8), ó *fundus servus* (9), y otra á cuyo favor esté constituida (10), á la que se denomina generalmente *predio dominante*. Ambas heredades deben estar próximas, esto es, no deben distar en términos que su posicion natural haga imposible el ejercicio de la servidumbre (11).

Hay algunos principios generales comunes á todas las servidumbres reales, que creo conveniente exponer en este lugar.

La servidumbre real debe de tener por objeto la ventaja de la heredad dominante, de modo que aumente su valor ó sus comodidades (12). Así es indiferente que procure ó no ventajas personales al

---

(1) §. 1 de la ley 20, tít. I, lib. XLI del Dig.
(2) § 5 de la ley 20, tít. II, lib. VIII del Dig.
(3) §. 5 de la misma ley.
(4) §. 1 de la ley 1, tít. IV, lib. VIII del Dig.
(5) Ley 1, tít. I, lib. VIII del Dig.
(6) Rúbr. del tít. I, lib. VIII del Dig.
(7) Ley 12, tít. IV, lib. VIII del Dig.
(8) Ley 9, tít. I, y §. 2 de la ley 23, tít. III, lib. VIII del Dig.
(9) §. 1 de la ley 20, tít. I, lib. XLI del Dig.
(10) §. 1 de la ley 5, tít. III, del lib. VIII del Dig.
(11) Ley 38, tít. II, lib. VIII del Dig.
(12) §. inicial de la ley 15, tít. I, lib. VIII del Dig.

propietario (1), y no será servidumbre real el derecho establecido sobre una heredad, que solamente se refiera al beneficio y utilidad personal de alguno (2). De aquí tambien se infiere que la servidumbre predial no puede exceder las necesidades del fundo dominante (3).

La causa de la servidumbre debe ser perpétua, esto es, el predio sirviente, por su posicion natural, ha de procurar constantemente al dominante la ventajas que establece en su favor la servidumbre; pero sin que el propietario esté obligado á prestar ningun servicio activo (4). Fúndase el carácter perpétuo de la causa de la servidumbre, en que sin él no podrian todos los poseedores del predio dominante reportar utilidad de ella.

Las servidumbres reales son indivisibles (5), y por lo tanto no pueden ser adquiridas, usadas ni perdidas por parte. Cuando estan simplemente constituidas, dan por regla general el derecho de ser ejercidas sobre todo el predio sirviente (6), si bien el uso debe limitarse á las necesidades del dominante (7); pero á pesar de esto los pactos de la concesion pueden limitar el tiempo, el lugar y la manera de usarlas (8). Del principio de la indivisibilidad de las servidumbres se infieren algunas consecuencias interesantes, siendo las principales: 1.ª Que cuando un predio pertenece á diferentes dueños *pro indiviso*, ninguno de estos puede por sí solo gravarlo, constituyendo (9) ó prometiendo (10) servidumbre. 2.ª Que si el predio dominante se divide, cada una de las partes conserva por completo la servidumbre constituida (11). 3.ª Que la autoridad de la cosa juzgada á favor ó en contra de uno de varios condueños del fundo dominante ó sirviente, aprovecha ó daña á los demás condueños (12). 4.ª Que basta usar de parte de la servidumbre para conservar toda la servidumbre (13).

Se dividen las servidumbres segun que son de los predios rústicos ó de los urbanos: division difícil de fijar por la divergencia de las opiniones de los intérpretes, dimanada de la confusion de las leyes.

---

(1) Ley 19, tit. I, lib. VIII del Dig.
(2) Ley 8, tit. I, lib. VIII del Dig.
(3) §. 1 de la ley 5, tit. III, lib. VIII del Dig.
(4) Ley 28, tit. II, lib. VIII del Dig.
(5) Leyes 11 y 17, tit. I, lib. VIII del Dig.
(6) Ley 21, tit. III, lib. VIII del Dig.
(7) §. 1 de la ley 5, tit. III, lib. VIII del Dig.
(8) Leyes 4 y 6, tit. I, lib. VIII del Dig.
(9) Ley 2, tit. I, lib. VIII del Dig.
(10) Ley 19, tit. III, lib. VIII del Dig.
(11) §. 3 de la ley 23, tit. III, lib. VIII del Dig.
(12) §. 1 de la ley 13, tit. IV, lib. XLVI del Dig.
(13) Ley 11, tit. I, lib. VIII del Dig.

Advertiré previamente que se da el nombre de heredades ó predios rurales no solo á los campos, sino tambien á los edificios que están destinados á aprovecharse de sus productos, y el de heredades ó predios urbanos, tanto á los edificios construidos en las poblaciones, como á los jardines y huertos que les dan comodidad y desahogo (1). Mas esta regla general, aplicable en todas las cuestiones que se refieren á la naturaleza de la propiedad misma, no lo es respecto á las servidumbres. Le division de estas en rústicas y urbanas procede de consistir las unas en el suelo, y las otras en la superficie. Esta opinion, que sostiene Vinnio, manifestando, con sólidos argumentos á mi juicio, no estar combatida por la autoridad de algunos fragmentos incluidos en el Digesto, me parece la mas conforme con el espíritu de las leyes (2). La calificacion de la servidumbre dimana, pues, de su propia naturaleza, y no de la clase del prédio dominante ó sirviente: establecer otra doctrina equivale á hacer variable la servidumbre segun el distinto uso que se dé á las propiedades.

Rusticorum prædiorum jura *sunt hæc*: iter, actus, via, aquæductus. *Iter* est jus eundi ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum; *actus* est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque *uti potest, etiam sine jumento*. *Via* est jus eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. *Aquæductus* est jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

Las servidumbres de las heredades rústicas son la senda, el acto, la via y el acueducto. La senda es el derecho de ir ó de pasear uno á uno, no de conducir bestias ó carruajes. Acto es el derecho de llevar bestias ó carruajes: así el que tiene la senda no tiene el acto, mas el que tiene el acto tiene la senda, y puede usar de la servidumbre aun sin bestias. La via es el derecho de ir, de conducir y de pasar; contiénense en ella la senda y el acto. El acueducto es el derecho de hacer pasar el agua por la heredad ajena.

ORIGENES.

Tomado casi literalmente de Ulpiano (§. inicial de la ley 1, tít. III, lib. VIII del Dig.)

Comentario.

Sunt hæc.—No son estas las únicas servidumbres rústicas: el Emperador refiere otras poco despues (3). Todas se reducen segun Donneau á tres clases: las que facilitan el acceso á nuestra heredad,

---

(1) Ley 198, tít. XVI, lib. L del Dig.
(2) Ley 3, tít. I, lib. VIII del Dig.
(3) §. 3 de este mismo título.

las que nos autorizan á tomar de la inmediata alguna cosa para el uso de la nuestra ó de los ganados que necesita, y las que la libran de una carga que la afecta interiormente. Las principales que se encuentran en el derecho romano son: primero, las constituidas para facilitar las comunicaciones con nuestra heredad por tierra ó por agua, á cuya clase pertenecen las de senda, acto y via de que habla el texto, y la de navegar, esto es, la de atravesar el estanque ó el lago ajeno para llegar á nuestra heredad (1): segundo, la de pastos, de que trataré al comentar el texto tercero de este mismo título: tercero, las que se refieren á la conduccion y aprovechamiento de las aguas, como son las de acueducto, la de sacar agua de nuestra heredad y la de poder abrevar el ganado, de que tambien hablaré despues. Existen además otras diferentes servidumbres que seria largo enumerar, y que se hallan comprendidas en la clasificacion general de Donneau, citado anteriormente.

Iter.—La servidumbre de *senda (iter)*, cuya etimología es *ab eundo*, da por regla general el derecho de ir á pié, á caballo ó en litera (2); pero esto admite modificacion, porque al constituirse la servidumbre puede muy bien reducirse á la facultad de ir solamente á pié (3), ya expresa, ya tácitamente, por ejemplo, si se señalara una senda tan estrecha que no pudiera irse ni á caballo ni en litera (4). Establecida, como todas las demás servidumbres reales, en favor de un predio, es claro que solo con relacion á él se concede á las personas. Asi es que la palabra *ambulandi* del texto no quiere decir que puede establecerse una servidumbre predial con el objeto de que sea lícito á alguno pasear por motivos personales en la heredad ajena, sino que el dueño ó los cultivadores del predio dominante, para cuya necesidad ó utilidad se establece la servidumbre, pueden ir y venir siempre que les convenga. No necesito encarecer la importancia de estas servidumbres que facilitan el acceso á la heredad, cuando á veces, sin ellas, seria inútil el dominio de nuestras posesiones que estuvieran enclavadas en medio de otras ajenas. El derecho que nos da la servidumbre de senda no nos autoriza á llevar bestias cargadas ni carruajes.

Actus.—Esta palabra se deriva *ab agendo*, y comprende el derecho de ir y de conducir, esto es, de llevar bestias ó carruajes; pero puede pactarse que la concesion no sea extensiva á estos, lo cual no

---

(1) §. 1 de la ley 23, tit. III, lib. VIII del Dig.
(2) Ley 12, tít. III, lib. VIII del Dig.
(3) §. inicial de la ley 7, y ley 12, tit. III, lib. VIII del Dig.
(4) § 1 de la ley 4, tit. III, lib. VIII del Dig.

cambiará la clase de servidumbre (1). Tanto al acto como la senda deben tener la anchura convenida, y no habiendo convenio, un árbitro la decide (2).

Uti potest, etiam sine jumento.—Esto debe entenderse con arreglo á la naturaleza ordinaria de la servidumbre de acto; sin embargo, al tiempo de constituirse se puede negar la concesion de la senda usada aisládamente (3), pero no la que es necesaria para el ejercicio del acto; á lo cual alude Paulo (4) cuando dice que el acto no puede existir sin la senda, esto es, sin el derecho de ir conduciendo las bestias cargadas ó el carruaje.

Via.—La vía, *à vehendo*, comprende las servidumbres de senda y de acto. Su objeto es usar del camino conduciendo por él cuanto necesitemos para nuestra heredad, sin perjudicar á las plantas y á los frutos del predio sirviente: podemos por lo tanto traer piedras y maderas rectas ó arrastradas (5). En el caso de que no se estipule anchura de la vía, la ley la fija en ocho piés en la línea recta y diez y seis donde hay vuelta (6).

Antes de pasar á hablar de otras servidumbres haré una observacion, que comprende á cuantas se refieren á la facultad de pasar por una hereded ajena. Pueden constituirse de modo que sea lícito al dueño del predio dominante dar al camino la direccion que le convenga, y cambiarla á su arbitrio; mas si no se ha hecho así, el uso de la servidumbre se limita á la direccion marcada, y no habiéndola, del mismo modo que en caso de suscitarse otras cuestiones corresponde dirimirlas al oficio del juez, el cual, al hacer el señalamiento, deberá tomar en consideracion las circunstancias locales y los intereses de las partes litigantes (7).

Aquæductus.—Acueducto, *ab aquâ ducendâ*, es el derecho de conducir, de la heredad ajena ó atravesando por ella, agua á nuestra propiedad, bien por conductos ocultos ó descubiertos. Respecto del terreno, por el que se han de conducir las aguas, deben seguirse las mismas reglas que he dejado sentadas para la direccion de las servidumbres de paso (8). Esta servidumbre puede coostituirse para proporcionarse el agua todo el año, *aqua quotidiana*, ó solo por el verano,

---

(1) Ley 13, tit. I, lib. VIII del Dig.
(2) §. 2 de la ley 13, tit. III, lib. VIII del Dig.
(3) §. 1 de la ley 4, tit. V, lib. VIII del Dig.
(4) Ley 1, tit. IV, lib. XXXIV del Dig.
(5) Ley 7, tit. III, lib. VIII del Dig.
(6) Ley 8, tit. III, lib. VIII del Dig.
(7) §. 2 de la ley 13, tit. III, lib. VIII del Dig.
(8) Ley 9, tit. I, lib. VIII del Dig.

aqua æstiva (1); y tambien limitarse á determinados dias, horas, y á una medida señalada (2).

Prædiorum urbanorum sunt servitutes, *quæ ædificiis inhærent* (*a*), ideò urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia apellamus, etsi in villâ ædificata sunt (*b*). Item prædiorum urbanorum servitutes *sunt hæ*: ut vicinus *onera vicini sustineat;* ut in parietem ejus liceat vicini *tignum immitere;* ut *stillicidium vel flumen* recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam, *vel non recipiat;* et *ne altiùs tollat* quis ædes suas, *ne luminibus* vicini *officiatur* (*c*).

Servidumbres de predios urbanos son las que estan inherentes á los edificios (*a*): llámanse así, porque todos los edificios, aunque esten construidos en el campo, tienen el nombre de predios urbanos (*b*). A estas servidumbres corresponden la de que el vecino sufra la carga de la casa del vecino, que tenga la obligacion de permitir cargar sobre su pared, que reciba ó no reciba á chorro ó gota á gota el agua de la heredad vecina en su edificio, en su solar ó en su cloaca, y que no pueda levantar mas alta su casa para no dañar á las luces de la del vecino (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (Ley 3, tít. I, lib. VIII del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (Ley 198, tít. XVI, lib. L del Dig.)
(*c*) Conforme con Cayo. (Ley 2, tít. II, lib. VIII del Dig.)

Comentario.

Quæ ædificiis inhærent.—Las palabras del Emperador convienen con la definicion que antes he dado de servidumbres rústicas y urbanas.

Sunt hæ.—Del mismo modo que dije antes al hablar de las servidumbres rústicas, debo aquí manifestar que las urbanas que refiere el texto solo estan puestas por ejemplo. Donneau las reduce tambien á tres clases: unas que tienen por objeto dar mas extension á los edificios, como la de tolerar que en nuestra pared descanse parte de la casa del vecino: otras que se establecen para proporcionarles comodidad interior, como las que se refieren á las luces y á las vistas, y otras, por último, constituidas para libertarlos de ciertas incomodidades, por ejemplo, aquellas cuyo objeto es dar salida á las aguas llovedizas, á las inmundicias y al humo.

Onera vicini sustineat.—La servidumbre *oneris ferendi* es el de-

(1) §. 2 de la ley 1, y ley 3, tít. XX. lib. LXIII del Dig.
(2) Ley 2 y §. inicial de la ley 5, tít. XX, lib. XLIII: y §§. 1 y 2 de la ley 2, tít. III, lib. VIII del Dig.

recho de cargar nuestro edificio sobre el edificio, pared, ó columna del vecino. Esta servidumbre se distingue de todas las demás en que el propietario del predio sirviente está obligado á la conservacion y reparacion de la pared ó parte del edificio sobre que se carga, segun los términos del convenio que haya mediado, ó no habiéndole, á conservarlas en el estado que tenian al tiempo de constituirse la servidumbre (1). De aquí ha dimanado que esta sea llamada por algunos anómala, porque contra la naturaleza ordinaria de las demás, que solo consisten en no hacer ó en sufrir, el dueño del predio sirviente es compelido á la reparacion; medida que consulta á la utilidad pública, por que de otro modo estaria en arbitrio del que debia la servidumbre abandonar de tal modo la pared, que se viniera á tierra el edificio que en ella descansaba. Paulo (2) indica que el orígen de la excepcion dimana de que habia costumbre de poner en la constitucion de esta servidumbre la cláusula: *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit.* Acerca de esta condicion no se observa perfecta conformidad entre los antiguos jurisconsultos: Galo no la admitia porque repugnaba á los principios generales de las servidumbres, pero prevaleció la opinion de Servio, que sostenia la doctrina expuesta (3). Puede, sin embargo, libertarse el dueño del predio sirviente de la necesidad de reparar, abandonando su propiedad (4), mas nunca puede ser compelido á sostener el edificio dominante mientras se hacen las reparaciones (5).

Tignum immittere.—La servidumbre *tigni immittendi* es el derecho de colocar maderos ú otros materiales en la pared del vecino, de modo que descansen sobre ella. Diferénciase de la que acabo de explicar en que el dueño del prédio sirviente no está obligado á la reparacion (6).

Stillicidium vel flumen.—*Stillicidium* es el agua que cae gota á gota, y *flumen* la que desciende reunida en canales. Así las servidumbres *fluminis vel stillicidii recipiendi* son el derecho que tenemos de que las aguas llovedizas de nuestra casa, ó por canales ó sin ellas, vayan á caer sobre el tejado ó el solar de nuestro vecino. Dáse tambien á esta servidumbre los nombres de *stillicidii vel fluminis immitendi, vel avertendi* (7).

Vel non recipiat.—Mas difícil es fijar la verdadera significacion de la servidumbre *stillicidii vel fluminis non recipiendi.* Acomo-

---

(1) Ley 33, tít. II, lib. VIII del Dig.
(2) La misma ley 33, tít. II, lib. VIII del Dig.
(3) §. 2 de la ley 6, tít. V, lib. VIII del Dig.
(4) El mismo §. 2.
(5) §. inic. de la ley 8, tít. V, lib. VIII del Dig.
(6) §. 2 de la ley 8, tít. V, lib. VIII del Dig.
(7) Leyes 1 y 2, tít. II, lib. VIII del Dig.

dándome á la opinion generalmente recibida, creo que se refiere á los pueblos en que leyes ú ordenanzas locales establecen la obligacion general de recibir las aguas llovedizas de los tejados superiores: en cuyo caso para libertarse de esta carga es necesarío constituir la servidumbre *stillicidii vel fluminis non recipiendi*, mediante á la que se obliga el vecino á no dar salida por nuestra heredad á las aguas llovedizas de la suya. Debo, sin embargo, añadir que no es esta la intéligencia que le dan todos los intérpretes: algunos, y entre ellos Mackeldey y Varnkœnig, siguiendo la *Paráfrasis* de Teófilo, dicen que la servidumbre *stillicidii vel fluminis non recipiendi* es la libertad que obtenemos de la *stillicidii vel fluminis recipiendi*: explicacion poco conciliable con el principio general de las servidumbres, que suponen una restriccion puesta á la libertad natural del propietario. Otros comentaristas definen esta servidumbre como el derecho en virtud del cual uno que quiere aprovechar las aguas llovedizas para la limpieza, el riego ó la cisterna de su heredad, puede obligar á su vecino á que no las retenga ni las extravíe: y algunos llegan hasta decir que la conservacion y la reparacion de las canales es de cargo del dueño del predio sirviente, cosa inadmisible como opuesta á la naturaleza de las servidumbres, que consisten solo en no hacer ó en sufrir.

Ne altiùs tollat.—El propietario, en virtud de su dominio, está autorizado por regla general para dar á su edificio toda la elevacion que juzgue conveniente sin sujetarse á la voluntad de otra persona; por lo tanto si el vecino quiere impedirlo consultando á las comodidades, á las vistas ó á las luces de su casa, ó para evitar que sea registrada, tiene que constituir una servidumbre, que se llama *altiùs non tollendi*. Esta es un derecho á favor de nuestra heredad en un edificio ajeno para impedir que el vecino le dé mayor elevacion que la que tiene, ó al menos que lo levante mas de cierta altura. Pero hay otra servidumbre llamada *altiùs tollendi* que presenta mayores dificultades, y que, como la de *stillicidii vel fluminis non recipiendi*, ha dado lugar á opiniones divergentes: por mi parte creo que debe explicarse tambien de un modo análogo. Aunque el propietario puede por regla general elevar su casa hasta la altura que estime, los estatutos particulares de algunos pueblos, que son una ley local, limitan á veces este derecho prefijando la altura de los edificios. Cuando así lo aconsejan razones de conveniencia, utilidad ó salubridad pública, nada pueden alterar los particulares; mas si esta medida tiene por único objeto la comodidad de los edificios, es claro que los dueños pueden renunciar el derecho introducido á su favor, y entonces el que quiera elevar á mayor altura que la prescrita, tendrá que establecer á su favor la servidumbre *altiùs tollendi*. Muchos intérpretes no admiten esta explicacion: algunos suponen que la servidumbre *altiùs tollendi* consiste en el derecho que

tenemos de obligar á nuestro vecino á dar mayor elevacion á su edificio, para defender al nuestro del aire, ó conseguir cualquiera otra utilidad: no puedo acoger esta opinion, que en el hecho de imponer al dueño del predio sirviente la obligacion de hacer, es incompatible con las doctrinas generales de las servidumbres. Otros quieren hacerla consistir en el derecho de edificar sobre la casa del vecino, inteligencia que á mi juicio está en contradiccion abierta con las leyes (1). Otros, y entre ellos Cujas, Mackeldey y Etienne, siguiendo la *Paráfrasis* de Teófilo, suponen que la servidumbre *altiùs tollendi* es la libertad de la *altiùs non tollendi*, opinion que no adopto, porque es esencial á la servidumbre la diminucion del derecho de un propietario. No ha faltado por último quien ha pretendido que las dos servidumbres *altiùs non tollendi* y *altiùs tollendi* son una sola que recibe el primer nombre con relacion al que reclama, y el segundo respecto del que niega que la debe: interpretacion arbitraria, á mi juicio, y que encuentro desmentida en diferentes leyes (2).

Ne luminibus officiatur.—Esto puede ser el fin de la servidumbre *altiùs non tollendi* y en tal sentido parece que habla el texto, pero á veces constituye tambien una servidumbre especial. Conviene aquí observar que hay dos servidumbres diferentes, relativas á las luces de las casas: estas son la de *luminum* y la de *ne luminibus officiatur*. La palabra *lumen*, segun Paulo (3), quiere decir que se vea el cielo; de consiguiente bajo esta denominacion se comprenden las ventanas que dan luz á nuestro edificio, y las luces que este tiene ó necesita. Mucho disputan los intérpretes acerca de la verdadera índole de la servidumbre *luminum*: me conformo con la opinion general que me parece la mas probable. Segun ella, es el derecho de abrir en la pared del vecino, ó en una comun, ventanas que den luz á nuestro edificio (4). Puede ser tambien la facultad de abrir ventanas en nuestra propia pared, que den á la propiedad del vecino, cuando la ley no permite abrirlas sin el consentimiento de este (5). La servidumbre *ne luminibus officiatur* consiste en que el vecino no pueda, bien edificando, bien plantando, ó de cualquier otro modo, quitar la luz á nuestra casa. Su constitucion determina la mayor ó menor amplitud que haya de tener, pues puede limitarse á la luz necesaria, ó referirse á todo impedimento que la disminuya (6).

---

(1) §. 3, tít. VI, lib. IV de esta misma obra.

(2) Ley 2, tít. II: §. 1 de la ley 7, tít. IV, lib. VIII del Dig; y §. 3, tít. VI, lib. IV de estas Inst.

(3) Ley 16, tít. II, lib. VIII del Dig.

(4) Ley 40, tít. II, lib. VIII del Dig.

(5) §. 3 de la ley 12, tít. X, lib. VIII del Cód.

(6) Leyes 22 y 23, tít. II, lib. VIII del Dig.

A las servidumbres de que habla este texto añadiré la descripcion ligera de otras, que además de su frecuente aplicacion, están muchas veces mencionadas en las leyes.

Las servidumbres *prospectus* y *ne prospectui officiatur*, que son una misma con dos diferentes denominaciones, tienen bastante conexion con las *luminum* y *ne luminibus officiatur* de que acabo de hablar. *Prospectus* quiere decir las vistas de que se disfruta (1), y la servidumbre de este nombre consiste en el derecho de impedir al vecino que nos quite por medio de construcciones, plantaciones ó de cualquiera otro modo la vista de que disfruta nuestra heredad (2). De aqui se infiere que esta servidumbre tiene mayor latitud que la de *ne luminibus officiatur,* ya porque puede referirse á vecinos mas lejanos, ya porque hay obstáculos, que aunque no disminuyen la luz, privan de las vistas.

Las servidumbres *projiciendi* y *protegendi* (3) nacen del principio de que el dueño del terreno lo es igualmente del aire. La *projiciendi* es el derecho en virtud del cual podemos obligar al vecino á que permita que adelantemos una parte de nuestra casa sobre su heredad, pero sin descansar en ella; por ejemplo, una galería ó un balcon: algunas construcciones antiguas nos hacen formar una idea exacta de esta servidumbre. La *protegendi* no es mas que una especie de la de *projiciendi*: consiste en el derecho de tener un tejado, *protectum*, que, construido en el aire de la heredad vecina, defienda nuestra pared de la injuria de las aguas (4).

Las leyes mencionan otras varias servidumbres urbanas, que seria prolijo enumerar, y que no deben ofrecer dificultad alguna en la aplicacion, siguiendo los principios generales que quedan consignados.

2 *In rusticorum* prædiorum servitute quidam computari rectè putant *aquæ haustum*, *pecoris ad aquam appulsum*, *jus pascendi*, *calcis coquendæ*, *arenæ fodiendæ*.

Entre las servidumbres de las heredades rústicas se computan con razon por algunos el derecho de sacar agua, el de llevar los ganados al abrevadero, el de pacer, el de cocer cal, el de extraer arena. 2

ORIGENES.

Tomado de Ulpiano. (§. 1 de la ley 1, tít. III, lib. VIII del Dig.)

(1) Ley 16, tít. II, lib. VIII. del Dig.
(2) Leyes 3, 12 y 15, tít. II, lib. VIII del Dig.
(3) Ley 2, tít. II, lib. VIII del Dig.
(4) §. 1 de la ley 242, tít. XVI, lib. L del Dig.

Comentario.

Rusticorum.—Poco consultó Triboniano al método interpolando las servidumbres urbanas con las rústicas, que debió haber reunido al principio del título, ó en este lugar, siguiendo el órden del Digesto.

Aquæ haustum.—La servidumbre *aquæ haustus* ó *aquæ hauriendæ* es el derecho que tenemos de tomar agua de la fuente ó pozo del vecino; para el uso ó comodidad de nuestro predio y de los dependientes empleados en su cultivo: en esta servidumbre implícitamente está contenida la de senda en cuanto es necesaria para su uso, é igualmente la de ir á la fuente (1).

Pecoris ad aquam appulsum.—Consiste esta servidumbre en el derecho de llevar á abrevar nuestros ganados á la heredad ajena: en ella está comprendida la de *acto* en cuanto es necesaria para el paso.

Jus pascendi.—La servidumbre de pastos, *pascendi vel pascui*, es el derecho que tenemos de que nuestro ganado paste en heredad ajena: del mismo modo que se ha dicho de la *pecoris ad aquam appulsus*, comprende el paso indispensable para su ejercicio. En su constitucion debe definirse el número y especie de ganado que ha de pastar, y el tiempo en que puede hacerlo. Si nada de esto se hubiese prefijado, parece lo mas conforme á la equidad y á la naturaleza de las servidumbres, que se admita á los pastos toda especie de animales, á que puedan convenir, exceptuándose aquellos que causan daños de consideracion; que su número se limite al que sea necesario para el aprovechamiento del predio dominante; y por último, que solo entre el ganado despues de levantado el fruto en los campos, y el tiempo acostumbrado en las praderas.

Calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.—Estas servidumbres no requieren particular explicacion; pero hacen conocer que pueden ser tantas las servidumbres rústicas cuantos son los provechos que una heredad puede sacar de otra, con tal que no se obligue al dueño á prestar un servicio activo.

3 Ideò autem hæ servitutes prædiorum apellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi *qui habet prædium* (*a*); nec quisquam debere, nisi qui habet prædium.

Se da á estas servidumbres el nombre de prediales porque no pueden existir sin los predios. Nadie por lo tanto puede adquirir una servidumbre á favor ó contra una heredad urbana ó rústica, sino el que tiene otra heredad (*a*). 3

(1) §. 5 de la ley 3, tit. III, lib. VIII del Dig.

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Ulpiano. (§. 1, ley 1, tít. IV, lib. VIII del Dig.)

Comentario.

Qui habet prædium.—La mayor parte de la doctrina del texto se comprende suficientemente por lo que se ha expuesto al ingreso de este título. Queda sin embargo por explicar las personas que pueden constituir servidumbres á favor ó contra su heredad. El principio general, ya mencionado, de que las servidumbres son una desmembracion de la propiedad, produce como consecuencia inmediata que solo el propietario puede establecerlas sobre su finca. Esto no presenta dificultad; pero como se ha visto que á veces el dominio está subdividido por hallarse separadas las facultades de disponer y de gozar, y como tambien puede ocurrir que el dominio absoluto no pertenezca á uno solo sino á varios condueños, ó que sea revocable, debo establecer reglas para estos casos diferentes. Un condueño no puede gravar la cosa comun, porque siendo la servidumbre indivisible recae sobre toda la heredad: el que tiene un dominio revocable solo puede gravarlo mientras dure su derecho (1); pues en este caso es aplicable la regla *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*. Por la misma razon el enfiteuta y el superficiario no podrán extender la servidumbre mas allá de su derecho, si no interviene la voluntad del señor. Cuando la propiedad y el usufructo están separados, en tanto puede el señor constituir contra la heredad una servidumbre en cuanto no perjudique á los derechos del usufructuario; mas si los limita no puede constituirla ni aun con su consentimiento (2), porque no es lícito establecer una servidumbre sobre otra servidumbre.

Por el contrario, para adquirir servidumbre á favor de una heredad se requiere ser dueño de esta, como dice el texto, y no es necesario que intervenga el consentimiento del usufructuario, cuando le hay, si bien se aprovechará de las ventajas que le ofrezca el nuevo derecho adquirido (3). El condueño no puede adquirir servidumbre para la heredad comun, porque no es el propietario de toda ella: la indivisibilidad de las servidumbres no permite que se constituyan parcialmente.

4 Si quis velit vicino aliquod jus constituere, *pactionibus atque stipulationibus* id efficere debet (*a*). Po-

Si alguno quiere establecer algun derecho de servidumbre en provecho de su vecino, debe hacerlo por 4

---

(1) §. 1 de la ley 11. tít. VI, lib. VIII del Dig.
(2) §. 7 de la ley 15, y ley 16, tít. I, lib. VII del Dig.
(3) §. 7 de la ley 15, tít. I, lib. VII del Dig.

test etiam in *testamento* quis *hæredem* suum *damnare*, ne altiùs tollat ædes suas, ne luminibus ædium vicini officiat; vel ut patiatur, eum tignum in parietem immitere, vel stillicidium habere; vel ut patiatur, eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere (*b*).

medio de pactos y estipulaciones (*a*). Puede tambien uno condenar á su heredero en testamento á que no levante mas alta su casa, á que no dañe á las luces del vecino, á que permita que parte de la casa de este descanse en su pared, á que su heredad reciba gota á gota las aguas de la del vecino, á que consienta á este el derecho de senda, de acto, de vía ó de acueducto (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 31, Com. II, de sus Inst.)
(*b*) Tomado casi literalmente de Cayo. (Ley, 16, tít. IV, lib. VIII del Dig.)

Comentario.

Pactionibus atque stipulationibus.—Lo primero que debe observarse aquí es que se usan copulativamente dos palabras, que en el derecho romano tienen en cierto modo un sentido contradictorio; porque el pacto es la convencion puramente natural, que destituida de fuerza coactiva no produce accion civil, y la estipulacion por el contrario está elevada á la clase de los contratos asistidos por la ley, para poderse exigir el cumplimiento de las obligaciones que comprenden. Usar, pues, de ambas palabras parece error jurídico aun mas que redundancia; sin embargo, conocido es el orígen de esta falta de exactitud. Cayo, á quien siguió Justiniano, las puso solo con relacion al suelo provincial: en este no existia, como en otro lugar he dicho, verdadera propiedad, ni podia por lo tanto existir tampoco una servidumbre verdadera, esto es, una desmembracion de la propiedad; así es que las convenciones, que para su constitucion mediaban, eran ineficaces, por carecer de accion civil que las hiciese valederas, y quedaban en la clase de *nudos* pactos. En este caso, como en tantos otros, un rodeo salvaba el rigor de los principios estrictos del derecho, y el interés de los particulares: estipulabase una suma en concepto de pena al que pusiese obstáculo al ejercicio de la servidumbre pactada, y como esta estipulacion era válida, conseguian por un medio indirecto lo que por camino menos tortuoso les era imposible. En tiempo de Justiniano desaparecieron hasta los últimos vestigios de la diferencia entre el suelo itálico y el provincial: sin embargo, alguna vez se observan palabras que se escaparon á la vigilante diligencia de Triboniano, Teófilo y Doroteo. *Quandoquè bonus dormitat Homerus.* Puede sin embargo sostenerse la palabra *pactis* limitándola á los que tuvieron fuerza coactiva.

Las servidumbres, pues, se adquieren por convencion. Desde luego se presenta fuera de toda duda que esta por sí sola basta para establecer una servidumbre negativa, esto es, la que consistiendo en no hacer es incapaz de la cuasi tradicion y de la cuasi posesion, que, como se ha visto, consisten en el ejercicio de la servidumbre de una parte, y en la aquiescencia de la otra. Mas ¿sucede lo mismo en las servidumbres afirmativas? Hé aquí una cuestion que trae muy divididos á los intérpretes: no dejo de apreciar los fuertes argumentos con que se defienden las respectivas opiniones; creo, sin embargo, que es preferible la de los que sostienen que el contrato de servidumbre solo produce una obligacion, un derecho *á* la cosa y que para que el derecho *en* la cosa se constituya es indispensable la cuasi tradicion: además de la autoridad de algunos textos (1) favorables á mi dictámen, no me parece desatendible la razon de que siendo las servidumbres desmembraciones de la propiedad deben seguir reglas análogas á ella en su adquisicion: así, pues, creo que por consecuencia del contrato se deberá la servidumbre, pero solo existirá como constituida despues de la cuasi tradicion.

Testamento hæredem damnare.—La servidumbre se constituye tambien por última voluntad, y en este caso no es necesaria la cuasi tradicion, porque tampoco lo es la tradicion para la adquisicion de la cosa corporal legada. Las palabras *hæredem damnare* podian ser objeto de exámen detenido, consideradas antes de la igualacion de las antiguas formas de legar, pero despues de ella no lo requieren. Creo que Cayo, de quien las tomó Justiniano, las usó para comprender toda clase de servidumbres, puesto que en su época las negativas solo podian dejarse *per damnationem*.

Para completar los vacíos que aquí quedan por la omision de algunos modos de constituirse las servidumbres, añadiré lo mas indispensable.

Las servidumbres pueden constituirse, además de los modos referidos, por la adjudicacion y por la usupacion. Por la adjudicacion en los juicios divisorios, de que hablaré en su lugar, y tambien en el caso de que el juez conozca la necesidad de establecer un camino para llegar á una heredad (2).

La usucapion ó prescripcion debió aplicarse primitivamente á las servidumbres, pero fué suprimida por la ley Scribonia (3), publica-

---

(1) §. 1 de la ley 11, tít. II, lib. VI: ley 20 del tít. I, y §. 2 de la primera del tít. III del libro VIII: ley 5, tít. VII, lib. XLIV del Dig., y ley 20, tít. III, lib. II del Cód.

(2) §. inicial de la ley 12, tít. VII, lib. XI del Dig.

(3) §. 29, ley 4, tít. III, lib. XLI del Dig.

da, segun creo, en el triunvirato de Augusto, de Octavio y de Lépido. Esto se hizo, bien porque las cosas incorporales no eran capaces de verdadera tradicion y posesion (1), ó bien porque la misma cuasi posesion que admitian no podia ser continuada (2). El derecho honorario vino despues á proteger á los que estaban en el goce de algunas servidumbres por medio de acciones útiles y de interdictos; asi el que por largo espacio de tiempo y con el ejercio continuado habia adquirido la servidumbre, era auxiliado con una accion útil, con tal que probase que no habia obtenido aquella ni violenta, ni oculta, ni precariamente, *non vi, non clam, non precariò* (3). Las constituciones imperiales elevaron á ley la jurisprudencia generalmente admitida, y fijaron la prescripcion de las servidumbres, como la de las demás cosas inmuebles, á diez años entre presentes, y veinte entre ausentes (4). No me detendré mas en esto para no anticipar doctrinas que tienen su propio lugar en estas Instituciones.

Concluiré este título hablando de los modos por que se extinguen las servidumbres. Estas, además del término ó de la condicion resolutoria con que se otorgaron, modos que no son peculiares á este tratado, admiten otros especiales, á saber: la renuncia, la consolidacion, la destruccion de la cosa, la prescripcion y la extincion del derecho del concedente.

La renuncia, *remissio*, del que la ejerce puede ser expresa ó tácita: expresa la que se hace de palabra, tácita la que se infiere de los hechos, como cuando permitimos que el dueño del predio sirviente haga alguna obra que nos impida el uso de la servidumbre (5). Fúndase esto en que cada uno puede renunciar el derecho introducido en su favor.

La consolidacion se verifica cuando el dominio de los predios dominante y sirviente vienen á refundirse en un mismo propietario, porque, como queda dicho, *nemini res sua servit*. Mas si esta consolidacion fuese parcial, es decir, si el dueño del predio dominante, ó el del sirviente hubieren adquirido solo por parte la propiedad del otro, quedará subsistente la servidumbre en aquella en que no haya habido consolidacion, porque la servidumbre es indivisible.

La destruccion de la heredad dominante ó sirviente, como la ruina de un edificio, no impide que renazca la servidumbre tan luego como vuelvan á existir (6).

---

(1) §. 1, de la ley 43, tít. I, lib. XLI del Dig.
(2) §. inicial de la ley 14, tít. I, lib. VIII del Dig.
(3) §. inicial de la ley 10, tít. V, lib. VIII del Dig.
(4) Ley 12, tít. XXXIII, lib. VII del Dig.
(5) § 1 de la ley 14, tít. I, y ley 8, tít. VI, lib. VIII del Dig.
(6) §. inicial de la ley 13, tít. III, lib. VIII del Dig.

Mayor explicacion requiere la prescripcion extintiva de la servidumbre. El antiguo derecho declaraba que por el no uso de dos años se extinguian las servidumbres, bien fuesen rústicas ó urbanas: respecto á las primeras bastaba que en el referido término dejaran de usarse por el dueño del predio dominante, ú otro en su representacion (1); pero en las urbanas se requeria además que el dueño del predio sirviente prescribiese su libertad (2), esto es, que antes de correr el término hubiera ejecutado algun acto contrario á la servidumbre. La razon de diferencia consiste en la diversa índole de unas y otras servidumbres: como el ejercicio de las rústicas consiste solo en uso de aquel que las disfruta, el no uso debe bastar para la extincion; pero las urbanas, por el contrario, consisten únicamente en la paciencia del que las sufre, y por lo tanto debe exigirse por su parte la prescripcion de la libertad. Este derecho, aunque innovado ya antes de la publicacion del Digesto, aparece sin embargo en algunos de sus fragmentos. Justiniano hizo una notable alteracion estableciendo que las servidumbres se perdieran por el no uso de diez años entre presentes, y de veinte entre ausentes (3). Muchos intérpretes distinguidos, entre los cuales citaré especialmente á Du Caurroy, Pellat y Mackeldey, suponen que así quedaron igualadas las servidumbres rústicas y urbanas, exigiéndose para la extincion de todas por el no uso la prescripcion de la libertad: no puedo conformarme con esta opinion, y creo con Vinnio, Heineccio y Warnkœning que al paso que las servidumbres de los predios rústicos se extinguen por el no uso, la prescripcion de la libertad se requiere solamente en los urbanos: opino de consiguiente que la única variacion que hizo Justiniano fué referente al término para prescribir. Ortolan, que tambien sigue esta opinion, se funda en que la contraria no guarda armonía con la índole de las servidumbres rústicas, cuyo ejercicio, siendo discontínuo, puede haber cesado completamente por mucho tiempo sin que exista un hecho opuesto por parte del dueño del predio sirviente, demostrando con sólidas razones que vendria á ser de otro modo casi imposible la prescripcion de los diez y veinte años, y que habria de acudirse á la de treinta; apoyando además en leyes (4) las doctrinas que sustenta.

Por último, el modo de concluirse las servidumbres por la extincion del derecho del concedente es una derivacion inmediata de la doctrina que dejo expuesta al comentar el párrafo tercero de este mismo título.

---

(1) Leyes 5 y 6, tít. VI, lib. VIII del Dig.
(2) Ley 6, tít. II, lib. VIII del Dig.
(3) Ley 13, tít. XXXIV, lib. III del Cód.
(4) Ley 14, tít. XXXIV, lib. III del Cód.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Escasas son los modificaciones de nuestro derecho en la materia que antecede: clasifica y describe las servidumbres del modo que queda expuesto, dando el nombre de *carrera* á la que los romanos denominaron *actus* (1). Pero hay en nuestras leyes una division, no establecida en el derecho de Justiniano, que produce algunos efectos dignos de notarse: la de las servidumbres en contínuas y discontínuas; dándose el nombre de contínuas á aquellas cuyo uso es diario, y el de discontínuas á las demás. Esta diferencia tiene aplicacion en los modos de adquirir y de perder por prescripcion las servidumbres. Así es que las contínuas se adquieren por la prescripcion de diez años entre presentes, y de veinte entre ausentes, y las discontínuas por el inmemorial (2), distincion introducida por el grado diferente de negligencia, que supone cada una de ellas en el que debe sufrirlas. Por el contrario, para lo extincion de las servidumbres rústicas contínuas se requiere la prescripcion inmemorial, la de veinte años en las discontinuas, y la de diez años entre presentes y veinte entre ausentes en las urbanas (3).

Nuestra legislacion moderna establece como clases de servidumbres forzosas en materia de aguas, las naturales, la de acueducto, la de estribo de presa ó partidor, la de abrevadero y saca de agua y la de camino de sirga y otras inherentes á los predios ribereños. (4). No corresponde á esta obra, reducida á indicaciones generales sobre las diferencias de nuestro derecho y el Romano, descender á su desenvolvimiento.

Despues de la publicacion de la ley hipotecaria (5) para que puedan perjudicar al que no sea parte en el acto ó contrato, las servidumbres que se establezcan ó estén establecidas, es necesario que aparezca la inscripcion en el registro de la propiedad (6) y estas servidumbres se han de hacer constar tanto en la inscripcion de propiedad del predio sirviente, como en la del dominante (7).

TITULUS IV. / TITULO IV.

De usufructu. / Del usufructo.

Al tratar en general de las servidumbres, indiqué su division en reales y personales: expuestas las primeras, toca hablar de las segundas.

(1) Ley 5, tít. XXXI, Part. III.
(2) Ley 15, tít. XXXI, Part. III.
(3) Ley 16, tít. XXXI, Part. III.
(4) Ley de 3 de Agosto de 1866.
(5) Sancionada en 8 de Febrero de 1861.
(6) Arts. 2 y 23
(7) Art. 13.

Diré en primer lugar, para evitar una mala inteligencia, que todas las servidumbres personales tienen el carácter de *derechos en la cosa*. porque, consideradas con relacion á la cosa sobre que existen, son desmebramciones de la propiedad. Llámanse personales, porque en lugar de estar establecidas á favor de una heredad, cuyas ventajas aumentan, tienen por objeto el provecho inmediato y exclusivo de las personas á las que se adhieren íntimamente. Notables diferencias separan á unas de otras, aun en las doctrinas generales: así es que las personales tienen lugar en las cosas muebles del mismo modo que en las inmuebles, solo consisten en sufrir, y no son todas indivisibles, como se verá al descender á la explicacion individual de cada una.

Las servidumbres personales son el usufructo, el uso, la habitacion y las obras de los esclavos.

Ususfructus est *jus alienis rebus utendi fruendi, salvâ rerum substantiâ* (*a*). Est enim jus *in corpore*: *quo sublato*, et ipsum tolli necesse est (*b*).

El usufructo es el derecho de usar de cosas ajenas y percibir sus frutos sin alterar su sustancia (*a*). Es un derecho sobre una cosa corporal, que por necesidad se extingue con ella (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Paulo. (Ley 1, tít. I, lib. VII del Dig.)
(*b*) Copiado de Celso. (Ley 2, tít. I, lib. VII del Dig.)

Comentario.

Ususfructus.—Trae esta palabra su etimología *ab utendo fruendo.*

Jus.—La definicion del usufructo que da el texto se refiere á la persona en cuyo favor está constituido: considerándolo solamente respecto al dueño de la cosa, y á la misma propiedad sobre que recae, es diminucion de derecho, es un gravámen.

Alienis rebus.—El usufructo, como todas las demás servidumbres, no puede recaer mas que sobre cosa ajena, porque, segun se ha dicho ya, *nemini res sua servit.* El propietario hace suyos los frutos de la cosa en virtud del dominio; así solo impropiamente se dirá que tiene el usufructo. Desecho por lo tanto como inexacta, y muy á propósito para producir complicaciones inútiles, la distincion del usufructo en *causal* y en *formal*, que hacen muchos intérpretes.

Utendi fruendi.—La palabra *utendi* ha sido entendida generalmente por los intérpretes como refiriéndose al derecho de percibir los frutos en cuanto son necesarios. Con mas acierto y precision, á mi modo de ver, el jurisconsulto aleman Thibaut desmuestra que el uso consiste en sacar de la cosa toda la utilidad que nos pueda dar, sin tomar sus productos ni alterar su sustancia. Así es que, como se verá con mas extension en el título siguiente, donde me propongo desenvolver esta doctrina, la servidumbre de uso nos da el derecho de usar de una cosa ajena, del modo que lo permita su naturaleza y su

destino, sin relacion á nuestras necesidades y á las de nuestra familia. La palabra *fruendi* tiene una significacion mucho mas ámplia, pues abraza el derecho de percibir todos los frutos de la cosa. En otro lugar (1) he explicado qué se entiende generalmente por *frutos*, y ahora debo añadir que bajo tal denominacion aquí se comprenden los frutos naturales, industriales y civiles, que l co sa produce por su destino. Los frutos extraordinarios, y que son una accesion accidental, no corresponden al usufructuario: por esto, segun expuse en otra parte (2), no adquiere el parto de la esclava; por la misma razon tampaco hace suyo el aumento que por aluvion, ó por fuerza del rio, ó por la formacion de una isla, tenga la heredad (3), ni el tesoro (4), ni la manda dejada al esclavo (5). En el título primero de este mismo libro (6) queda dicho que la percepcion es el modo en cuya virtud el usufructuario adquiere el dominio de los frutos.

Salvâ rerum substantiâ.—El usufructuario, al aprovecharse de todos los productos ordinarios de la cosa, debe conservarla íntegra para poderla restituir al propietario, terminado que sea el usufructo: no puede destruirla, porque en este caso no ejerceria un *derecho en la cosa*, sino que haria desaparecer el objeto sin el cual no puede concebirse. Por lo tanto las palabras *salvâ rerum substantiâ* fijan los límites que circunscriben el ejercicio de la servidumbre, y equivalen á decir que el usufructuario ni puede consumir la cosa, ni hacer peor la condicion de la propiedad, ni cambiar su forma ni su objeto. Esta doctrina, que ya anticipó el Emperador en el título primero del presente Libro (7), implícitamente comprende la de que el usufructuario debe gozar de la cosa como un diligente padre de familias, empleando los cuidados que exija su conservacion, satisfaciendo las reparacioces ordinarias, las cargas reales y los impuestos de las fincas (8): todo lo cual es una consecuencia del principio geral de equidad, en virtud del que las cargas de una cosa deben ser de cuenta de aquel que se aprovecha de sus productos (9). Pero el usufructuario se libertará de estas obligaciones abandonando el usufructo (10).

Para que el usufructuario no pudiese eludir la obligacion de conservar la cosa y de restituirla oportunamente, introdujo el derecho

(1) Comentario del §. 35, tít. I de este libro.
(2) Comentario del §. 37, tít. I de este libro.
(3) §. 4 de la ley 9, tít. I, lib. VII del Dig.
(4) §. 12 de la ley 7, tít. III, lib. XXIV del Dig.
(5) §. 4, tít. IX de este libro.
(6) Al §. 36.
(7) §. 37.
(8) §. 2 de la ley 7, §. 3 de la 27, y ley 52, tít. I, lib. VII del Dig.
(9) Ley 10, tít. XVII, lib. L del Dig.
(10) §. inicial de la ley 48; y leyes 64 y 65 del tít. I, lib. VII del Dig.

pretorio que prestase una caucion, cuya fórmula era: *usurum se boni viri arbitratu, et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit* (1). Hoy se da á este acto el nombre de *caucion usufructuaria*. Antes de otorgarla, no puede ser obligado el propierario á poner al usufrutuario en la tenencia de la cosa, y en caso de estarlo ya puede reclamar que preste la caucion (2). Introducida esta á favor del propietario, cesa por su renuncia.

No están sin embargo conformes todos los intérpretes en la esplicacion que he dado á las palabras *salvâ rerum substantiâ*, pretendiendo algunos que se refieren á la duracion del usufructo: en este sentido querrian decir que en tanto dura este en cuanto existe la cosa sobre que está constituido. Vinnio desechó esta interpretacion apoyada en la autoridad de la *Paráfrasis* de Teófilo, sostenida por Giffen (Giphanius), y reproducida en nuestros dias por Du Caurroy y Warnkœnig: en mi concepto es infundada, y no me detengo á demostrarlo, porque no alterándose en nada las doctrinas, cualquiera que sea la interpretacion que se adopte, se vendria á parar en una cuestion de palabras.

In corpore.—El usufructo debe tener un objeto determinado, una especie, no un género como el *casi usufructo*.

Quo sublato.—En uno de los párrafos de este mismo título se amplía y explica esta doctrina.

1 Ususfructus à proprietate separationem recipit, idque *pluribus modis* accidit. Ut ecce, si quis *alicui* usumfructum *legaverit*: nam hæres nudam habet proprietatem, legatarius usumfructum; et contra, si fundum legaverit, *deducto usufructu*, legatarius nudam habet proprietatem, hæres verò usumfructum; item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest (*a*). Sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, *pactionibus et stipulationibus* id efficere debet (*b*).

El usufructo puede desmembrarse de la propiedad de diferentes maneras: por ejemplo, si uno legó á otro el usufructo, porque en este caso el heredero tendrá la mera propiedad, y el legatario el usufructo. Por el contrario, si alguno lega una heredad con deduccion del usufructo, el legatario tendrá entonces la propiedad mera, y el heredero el usufructo. Puede dejarse tambien á uno el usufructo y á otro la propiedad, con deduccion del usufructo (*a*). Si alguno quiere establecer en favor de otro un usufructo sin testamento, debe hacerlo por medio de pactos y de estipulaciones (*b*). 1

(1) §. inicial de la ley 1. tít. IX, lib. VII del Dig.
(2) §. inicial de la ley 13, tít. I, y ley 7, tít. IX, lib. VII del Dig.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (Ley 6, tít. I, lib. VII del Dig.)
(*b*) Copiado de Cayo. (§. inic. de la ley 3, tit. I, lib. VII del Dig.)

Comentario.

Pluribus modis.—El texto enumera despues algunos de estos modos y omite otros.

Alicui legaverit.—No es en este caso necesaria la cuasi tradicion, la cual tampoco se exige, segun queda dicho, para que tengan existencia las servidumbres reales, cuando se han dejado en última voluntad.

Deducto usufructu.—No debe creerse que estas palabras carecen de objeto, porque si el testador dejase simplemente á uno el usufructo y á otro la heredad, concurririan ambos á partir el usufructo del mismo modo que si este les hubiera sido legado conjuntamente (1).

Pactionibus et stipulationibus.—Los pactos, á que la ley da fuerza, y las estipulaciones, en tanto constituyen el usufructo en cuanto están acompañados ó seguidos de la cuasi tradicion.

Además de los modos referidos en el texto, se constituye el usufructo por la ley y por el juez. En virtud de la ley el padre tiene el usufructo de todos los bienes adventicios del hijo constituido en su potestad, y de la mitad despues de la emancipacion, como se expondrá oportunamente en el título noveno de este Libro. Por el juez se constituye el usufructo en las adjudicaciones que se hacen en los juicios *communi dividundo* y *familiæ erciscundæ* (2), para establecer igualdad entre las partes. Por la adjudicacion queda constituido inmediatamente el *derecho en la cosa*, del mismo modo que, como ya he indicado, por ella se trasfiere la propiedad.

¿Podrá constituirse el usufructo por prescripcion? Casi todos los intérpretes, apoyados en una ley del Código (3), convienen en la afirmativa; mas el jurisconsulto aleman Zimmern la ha impugnado en nuestros dias con argumentos de mucha fuerza, que van haciendo general la opinion de que la expresada ley debe entenderse limitada á la extincion del usufructo por el no uso.

1 *Ne tamen* in universum inutiles essent proprietates, semper absce-

Pero para que las propiedades no sean absolutamente inútiles, estan- 1

(1) Ley 19, tít. II, lib. XXXIII del Dig.
(2) §. 1 de la ley 6, tit. I, lib. VII del Dig.
(3) Ley 12, tit. XXXIII del lib. VII.

dente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti.

do siempre separado de ellas el usufructo, se ha establecido que este se extinga y vuelva á la propiedad por determinados modos.

ORIGENES.

Copiado de Cayo (§. 2, ley 3, tít. II, lib. VII del Dig.)

Comentario.

Ne tamen.—El método aconsejaba dejar la última parte del texto para el principio del párrafo tercero.

2 Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et ædibus, verùm etiam in servis et *jumentis ceterisque rebus* (*a*), exceptis his, quæ ipso usu consumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. Quo numero sunt vinum, frumentum, *vestimenta.* Quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu assiduâ permutatione quodammodò extinguitur. Sed *utilitatis causâ senatus censuit*, posse etiam earum rerum usumfructum constitui (*b*), ut tamen eo nomine *hæredi utiliter caveatur.* Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut *ejus fiat*, et legatarius satisdat hæredi *de tantâ pecuniâ restituendâ*, si morietur, aut capite minuetur. Ceteræ quoquè res ita traduntur legatario, ut ejus fiant: sed æstimatis his satisdatur, ut, si morietur, aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem *quasi usumfructum* constituit (*c*).

El usufructo puede constituirse 2
no solamente sobre fincas rústicas y urbanas, sino sobre los esclavos, las bestias y las demás cosas (*a*), á excepcion de las que se consumen por el uso, las cuales no son capaces de usufructo, por la naturaleza ni por el derecho civil. Como tales se computan el vino, los granos y los vestidos, á lo que puede asimilarse el dinero acuñado, porque en cierta manera se extingue con el uso y con los continuos cambios. Pero por razon de utilidad decidió el senado, que podia constituirse tambien usufructo en estas cosas (*b*), con tal que se afianzase suficientemente al heredero. Por esto si se legase á uno el usufructo de dinero, se le dará la cantidad al legatario en propiedad, y este tendrá que dar al heredero la fianza de restituir igual suma de dinero á su muerte, ó en el caso de que sufra la capitis-diminucion. Las demás cosas se entregan al legatario de modo que las haga suyas; pero despues de apreciadas préviamente, da fianza de que cuando muriese, ó en el caso de que sufriese capitis-diminucion se restituirá una suma igual á la tasada. El senado, pues, no creó sobre estas cosas un usufructo (lo que era imposible), sino que constituyó un cuasi usufructo, sostenido en una caucion (*c*).

ORIGENES.

(a) Copiado de Cayo. (§ 1, ley 3, tít. I, lib. VII del Dig.)
(b) Conforme con Ulpiano. (Ley 1, tít. V, lib. VII del Dig.)
(c) Conforme con Cayo. (Leyes 2 y 7, tít. V, lib. VII del Dig.)

Comentario.

Jumentis ceterisque rebus.—El usufructo, á diferencia de las servidumbres reales, puede consistir tanto en las cosas muebles como en las inmuebles.

Vestimenta.—El Digesto (1) considera á los vestidos entre las cosas que pueden ser objeto de un verdadero usufructo. Esto ha dado lugar á que los intérpretes ya impugnen, ó ya traten de conciliar los textos contradictorios. No me disgusta la opinion de Accursio, que, distinguiendo la calidad de los vestidos, y la intencion de las partes acerca de si se ha de hacer la restitucion de la misma cosa ó de su valor, manifiesta que pueden ser objeto ya de un usufructo, ya de un cuasi usufructo.

Utilitatis causâ.—Esto es, para dar mayor latitud á las últimas voluntades; porque solo de ellas hablan las leyes que se refieren al cuasi usufructo. Mas aunque este fué el motivo de su introduccion, no me parece admisible la opinion de Hotman (Hottomanus) y de Wesembec, á la que parece inclinarse Ortolan, quienes suponen que el cuasi usufruto no puede constituirse por contrato.

Senatus censuit.—No consta el año en que se dió este senado-consulto, que generalmente se atribuye á los últimos tiempos de la república, ó á los imperios de Augusto ó de Tiberio.

Hæredi utiliter caveatur.—La naturaleza del cuasi usufructo, que por consistir en cosas que se consumen por el uso trasfiere la propiedad al usufructuario, exige la caucion, no solo como prenda de que la restitucion se hará á su debido tiempo, sino tambien como en reemplazo del dominio que en el verdadero usufructo conserva el propietario.

Ejus fiat.—Mucha semejanza tiene el cuasi usufructo con el préstamo mútuo, pero sin embargo hay diferencia notable entre ellos en el modo de constituirse, en el de extinguirse, en la fianza que exige al usufructuario, y en que este nunca paga usura.

De tantâ pecuniâ restituendâ.—La diferente índole del usufructo y del cuasi usufruto, hace que no sea aplicable á este la parte de la caucion *usurum se boni viri arbitratu*, porque trasfirién-

---

(1) §. 4, ley 15, tít. I. y §. 5 de la ley 9, tít. IX, lib. VII.

dose al cuasi usufructuario el dominio viene á ser solo un deudor de género. Por lo tanto tampoco debe obligársele á la restitucion de la especie que recibió, porque esta se consume por el uso, al paso que le caucion habrá de referirse á dar otro tanto de la misma calidad y bondad, ó su valor. Así lo dice una ley del Digesto (1), si bien añade que lo último es mas cómodo, sin duda porque corta las cuestiones que acerca de la calidad pueden fácilmente originarse.

Quasi usufructum.—De aquí ha provenido la denominacion que los interprétes han adoptado para esta clase de usufructo, á pesar de que se observa que las leyes le llaman simplemente usufructo, como demuestra este mismo texto. Adopto sin embargo para mayor facilidad la nomenclatura comun.

3 Finitur autem ususfructus *morte* fructuarii, et duabus *capitis-deminutionibus*, *maximâ et mediâ*, et *non utendo per modum et tempus*, quæ omnia nostra statuit constitutio (*a*). Item finitur ususfructus *si domino* proprietatis ab usufructuario *cedatur* (nam *extraneo cedendo nihil agit*): vel ex contrario, si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio *consumptæ fuerint*, vel etiam terræ motu aut vitio suo corruerint, extingui usumfructum, et ne areæ quidem usumfructum deberi (*b*).

El usufructo termina por la muerte del usufructuario, por las dos capitis-diminuciones máxima y media, y por el no uso en los términos y en el tiempo designados, todo lo que ha sido establecido por una constitucion nuestra (*a*). Se concluye tambien haciendo el usufructuario cesion de él al propietario (porque haciéndola á un extraño nada hace); ó por el contrario, si el usufructuario adquiriere la propiedad de la cosa, á lo que se denomina consolidacion. Si el edificio ha sido consumido por las llamas, ó se ha arruinado en un terremoto, ó por vicio de construccion, se extingue el usufructo, de tal manera que ni se debe en el solar (*b*). 3

ORIGENES.

(*a*) Leyes 16 y 17, tít. XXXIII, lib. III, del Cód.
(*b*) Conforme con Paulo. (§§. 28, 31 y 32 del tít. VI, lib. III de sus Sentencias); y con Cayo. (§. 30, lib. II de sus Inst.)

Comentario.

Morte.—Por la muerte del usufructuario se extingue el usufructo, como todos los derechos que se adhieren á la persona. En el caso

(1) Ley 7, tít. V, lib. VII.

de que estuviese concedido al esclavo ó al hijo constituido en potestad paterna, no era unánime la opinion de los antiguos. Conformes estaban todos en que cuando el usufructo provenia de un contrato, debia atenderse solamente á la muerte del jefe de la familia, cuya persona era únicamente considerada en las convenciones; mas como esta consideracion exclusiva no tenia lugar en las últimas voluntades, en que, como dice una ley (1), el legado residia en el esclavo, y por lo tanto tambien en el hijo de familia, sin que fuera atendida la persona del padre ó del señor mas que para saber si tenia testamentifaccion, muchos opinaban que la muerte de aquellos á quienes expresamente se habia legado, era la que debia concluir el usufructo. Justiniano resolvió la cuestion, declarando (2) que dejado el usufructo al esclavo, se extinguiese por la muerte del señor, y si al hijo, por su muerte y la de su padre. Cuando el usufructo estaba constituido á favor de una persona jurídica, se extinguia á los cien años, término del que pocas veces excede la vida de los hombres, é introducido para que no fuera inútil la propiedad (3).

Capitis deminutionibus, maximâ et mediâ.—La muerte civil que envolvian estas dos capitis-diminuciones era equiparada á la natural en los efectos jurídicos. Segun derecho antiguo perecia tambien el usufructo por la capitis-diminucion mínima, porque pasando por esta el que antes era padre de familias á la potestad del arrogador con todos sus bienes, parecia que debian extinguirse los derechos que eran puramente personales. Justiniano reformó esto, dejando en tal caso subsistente el usufructo (4). Las mismas dudas, ya referidas, que ocurrieron antiguamente acerca de la extincion del usufructo por la muerte del hijo ó del esclavo, tuvieron lugar acerca de la emancipacion del primero y de la manumision del segundo, y en la misma constitucion y en iguales términos fueron resueltas por Justiniano.

Non utendo.—Para conservar el usufructo basta que otro se aproveche de la cosa á nuestro nombre.

Per modum.—Esto es, en mi concepto, no usando con la posesion continuada que la ley ordinariamente requiere para la prescripcion. Me separo de la opinion de Vinnio y de Ortolan, que con la mayor parte de los intérpretes entienden esta palabra relativamente al usufructuario que no usa de la cosa en los términos convenidos, ó en su defecto en los que requiere la naturaleza del usufructo; puesto que bastante garantido está el propietario con la caucion que se presta para su indemnidad.

---

(1) §. 2 de la ley 82 del título único del lib. XXXI del Dig.
(2) Ley 17, tít. XXXIII, lib. III del Cód.
(3) Ley 56, tít. I, lib. VII del Dig.
(4) Ley 17, tít. XXXIII, lib. III del Cód.

Et tempus.—Justiniano (1), reformando la disposicion antigua, estableció que el usufructo se perdiese trascurriendo el mismo tiempo, por el que se perdia la propiedad de las cosas, que es, como se dirá mas adelante, el de tres años en las muebles, y en las inmuebles el de diez entre presentes y veinte entre ausentes. La variacion se limitó, en mi concepto, á prolongar de ese modo el corto plazo que antes era solo de uno ó de dos años; pero me separo de la opinion de los que creen que el cambio fué extensivo á modificar las condiciones exigidas para la extincion, por razones análogas á las que me movieron á adoptar igual doctrina al hablar del no uso en las servidumbres rústicas: creo por lo tanto, contra la respetable opinion de varios jurisconsultos, entre ellos Mackeldey y Mühlenbruch, que para la extincion del usufructo no es necesario que con el no uso, por una parte, haya concurrido la prescripcion de la libertad por la otra. Entre los jurisconsultos, que sostienen la opinion que adopto, debe contarse á Thibaut, Puchta, Vangerow, Ortolan y Etienne.

Si domino cedatur.—Es indudable que cuando el usufructuario renuncia su derecho á favor del propietario, se extingue el usufructo: la union de la propiedad y del usufructo se llama *consolidacion.* Cayo, de quien está tomado este lugar (2), no habla de una cesion simple, sino de la *cesion in jure*, lo cual conviene tener presente para la inteligencia de lo que despues se dice en el mismo texto. Al hablar de las cosas *mancipi* y *nec mancipi*, queda dicho que la *cesion in jure* era un modo comun para la adquisicion de las unas y de las otras: aquí debo añadir algo mas para completar la idea que dejé indicada allí ligeramente. Este modo de adquirir era simbólico y consistió en un pleito fingido á presencia del magistrado. Aquel á cuyo favor se hacia la cesion del dominio de una cosa, la reclamaba como suya, *vindicabat*, y cogiéndola decia: *hanc ego rem ex jure quiritum meam esse ajo*: el dueño, que era el que cedia, *cedebat*, ó callaba, ó convenia en la justicia de la demanda, y entonces el magistrado ó presidente adjudicaba, *addicebat*, la cosa al que la habia reclamado. Tres personas, pues, eran necesarias para este proceso fingido, cuyas funciones sucinta y elegantemente recopila Heineccio en sus *Antigüedades* con las siguientes palabras: *una cedebat, altera vindicabat, tertia addicebat.* Si traemos á la memoria el rito de la manumision *per vindictam*, y el proceso fingido *liberalis causa* por el que la he explicado, se conocerá que era solo una cesion *in jure* aplicada al litigio de la libertad. En el caso del texto, la vindicacion, la cesion y la adjudicacion eran solo del usufructo.

---

(1) Ley 16, tít. XXXIX, lib. VII del Cód.
(2) §. 30, Com. II de sus Inst.

Extraneo cedendo nihil agit.—Estas palabras han sido objeto de interpretaciones diametralmente encontradas: muchos creen, y esta es tambien mi opinion, que equivalen á decir que la cesion es nula, y que de ella no resultan ventajas ni inconvenientes al usufructuario ni propietario. La significacion gramatical de las palabras fàvorece esta inteligencia; á lo que se agrega que Cayo, á quien creo que Justiniano siguió en este lugar, establece claramente la misma doctrina, cuando dice: *alii verò in jure cedendo nihilominus suum jus retinet; creditur enim eâ cessione nihil agi* (1). Esta imposibilidad de trasferir el usufructo por la cesion se explica perfectamente considerando que es un derecho personal, y que por lo tanto no podia pasar á un tercero, y mucho menos por la *cesion in jure*, que antiguamente requeria, como se ha visto, la fórmula de la reivindicacion. No estaban concordes en este punto todos los jurisconsultos romanos: la opinion de Pomponio era que por la cesion hecha á un extraño se extinguia el usufructo (2), y Justiniano dando cabida en el Digesto á un fragmento en que está consignada, ha dejado viva entre los intérpretes la misma divergencia que tuvieron los antiguos jurisconsultos. Mas cuando digo que el usufructuario no puede ceder ó traspasar á otro su derecho, me refiero á la servidumbre en sí misma, no á los productos de las cosas, en los que tiene la libre enajenacion (3).

Consumptæ fuerint.—El usufructo concluye pereciendo la cosa sobre que recae, y no se debe en lo que queda; así es que, asolado el edificio, no hay usufructo ni en las ruinas ni en el solár, como dice el texto; pero si no perece toda la cosa, queda subsistente en la parte que resta. Entiéndese que perece la cosa cuando cambia de especie, *rei mutatione*, segun palabras de Paulo (4). No renace el usufructo cuando el edificio, por ejemplo, es levantado de nuevo, á diferencia de lo que sucede en las servidumbres prediales: la razon consiste en que estas, siendo su destino perpétuo, no dependen de la forma determinada de la propiedad.

A los modos de extinguirse el usufructo de que habla el texto deben añadirse los de llegar el dia ó cumplirse la condiccion bajo que fué otorgado.

Advertiré, por último, que algunos de los modos de extincion de que se ha hecho mérito, no son extensivos al usufructo de las cosas que se consumen por el uso, denominado generalmente *cuasi usufructo*, por repugnarlo su indole particuclar: tales son el no uso, la consolidacion, y la extincion de la cosa.

---

(1) §. 30, Com. II de sus Inst.
(2) Ley 66, tít. III, lib. XXIII del Dig.
(3) §. 1, tít. V, lib. II de estas Inst.
(4) §. 31, tít. VI, lib. III de sus Sentencias.

4 Cum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet *ad proprietatem*, et ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem.

Cuando el usufructo se extingue, se reune á la propiedad, y el que antes tenia la nuda propiedad se hace desde entonces absoluto dueño de la cosa. 4

ORIGENES.

Conforme con Paulo. (§. 28, tít. VI, lib. III de sus Sent.)

Comentario.

Revertitur ad proprietatem.—He dicho antes que el usufructo era divisible, principio que debe tenerse presente para la inteligencia de este texto: en su virtud, si uno tiene el usufructo de la mitad de una heredad, y otro el de la mitad restante, muriendo cualquiera de ellos se extinguirá parcialmente el usufructo é irá á la propiedad solo el de su parte. No sucede lo mismo en el caso que á dos personas conjuntamente se haya legado el usufructo de una finca, entonces la muerte de uno no le extinguirá parcialmente, sino que por el contrario su parte pasará al colegatario: la razon de esta diferencia es que en el primer caso se consideran dos usufructos dejados á dos personas diferentes, y en el segundo uno solo aunque hay dos asociados para el goce. Estas doctrinas tendrán la ampliacion conveniente cuando se trate del derecho de acrecer en las herencias y en las mandas.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

A las doctrinas de este título, conformes con las españolas (1), solo debe añadirse que el usufructo constituido á favor de un pueblo perece en el caso de que este haya quedado yermo; pero si los antiguos moradores ó gran parte de ellos poblasen en otro punto, conservarán íntegro su derecho (2).

Es aquí aplicable lo que se ha dicho respecto á las servidumbres prediales en lo que se refiere á la necesidad de inscribirlas en el registro de la propiedad para que puedan perjudicar al que no ha sido parte en el acto ó contrato en que se contituyen (3).

TITULUS V.

De usu et habitatione.

TITULO V.

Del uso y de la habitacion.

Al explicar en el título que antecede la definicion que del usufructo dan las Instituciones, he dicho que, separándome de la opinion

(1) Ley 26, tít. XXXI, Part. III.
(2) Ley 26, tít. I, Part. III.
(3) Artículos 2 y 25 de la Ley hipotecaria.

de los intérpretes antiguos, adoptaba la de Thibaut, segun la cual el usuario puede valerse de la cosa en cuanto su naturaleza y su destino lo permiten, sin relacion á sus necesidades, pero no aprovecharse de los frutos. Esta teoría, que va haciéndose cada vez mas general, es hoy la dominante en las escuelas de Alemania, de Bélgica y de Francia, y entre otros la prohijan Mackeldey, Warnkœnig, Du Caurroy y Ortolan: por mi parte la sigo tambien, porque creo que es mas conforme con el espíritu de las leyes y que da mayor facilidad para explicar las que se refieren á esta servidumbre. El usuario, pues, tiene todo el uso de la cosa: basta para convencernos de ello considerar que siendo el uso, á diferencia del usufructo, indivisible, nadie puede en parte tenerlo y en parte carecer de sus ventajas (1). Pero si bien combato la doctrina que, circunscribiendo la servidumbre de uso á las necesidades de la persona, le señala límites mas estrechos que los que tiene, debo recordar que el usuario carece del derecho de gozar, ó sea, de percibir todos los frutos de la cosa. Este es el principio general que no estuvo exento de modificaciones; porque los jurisconsultos, ya con el plausible motivo de interpretar con latitud las últimas voluntades, ya para evitar que fuera inútil, ó poco provechosa al menos, la servidumbre de uso, cuando esté por sí solo producia escasa ó ninguna ventaja positiva, fueron introduciendo excepciones, en virtud de las que se permitió á alguno percibir frutos en cuanto sus necesidades lo exigieran.

Iisdem istis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus *constitui solet*; iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus *desinit*.

El mero uso se constituye generalmente por los mismos modos que se constituye el usufructo, y se extingue tambien por iguales causas.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 3, ley 3, tít. I, lib. VII del Dig.)

Comentario.

Constitui solet.—Con razon no presenta Justiniano como inconcuso el principio de que el uso se constituye como el usufructo; pues que este puede establecerse por parte, lo que no sucede con el uso, que es indivisible, como ya he dicho; esta diferencia dimana de la misma naturaleza de ambas servidumbres, porque un individuo no puede al mismo tiempo tener y no tener el derecho de usar, pero sí el de percebir una sola parte de los productos de la cosa. A esto puede

(1) Ley 19, tít. VIII, lib. VII del Dig.

añadirse que tampoco se constituye el uso por el juez en los juicios *familiæ erciscunde* y *communi dividundo*, que, como se ha visto, daban lugar á la constitucion del usufructo.

Desinit.—No es enteramente exacta esta doctrina, puesto que en el caso de que haya sido legado á dos el uso de una cosa, por la falta del uno, lo que á él corespondia siempre vuelve á la propiedad, y nunca hay lugar al derecho de acrecer que, segun se ha indicado, tiene algunas veces cabida en el usufructo. Dimana esto de que realmente no hay conjuncion verdadera en el uso, por ser indivisible; y asi en el supuesto de que hablé antes, esto es, legado á dos el uso, no podrán intentar que se distribuya, sino solo que se adjudique á uno el todo, condenándosele á prestar al otro la estimacion de su parte (1).

1 *Minùs* autem scilicet *juris* in usu est, quàm in usufructu (*a*). Namque is, qui fundi nudum usum habet, *nihil ulterius* habere intelligitur, quàm ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis, lignis *ad usum quotidianum* utatur (*b*); in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut *neque domino fundi molestus sit*, neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit; nec ulli alii *jus, quod habet*, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest (*c*), cum is, qui usumfructum habet, potest hæc omnia
2 facere. Item is, qui ædium usum habet, hactenus juris habere intelligitur, ut ipse *tantum habitet, nec hoc jus ad alium transferre* potest, et *vix receptum esse* videtur, ut hospitem ei recipere liceat. Et cum uxore suâ liberisque suis, item libertis, nec non aliis liberis personis, quibus non minùs quam servis utitur, habitandi jus habeat, et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei ha-
3 bitare liceat (*d*). Item is ad quem servi usus pertinet, *ipse tantum*

Menos extenso es el derecho de 1
uso que el de usufructo (*a*), porque aquel á quien pertenece el mero uso de una heredad no tiene mas derecho que el de tomar de las legumbres, frutos, flores, heno, paja y leña para su uso cotidiano (*b*). Puede tambien vivir en la heredad de modo que no perjudique al propietario, ni sea obstáculo á los trabajadores que la cultivan. No puede tampoco arrendar, vender ó conceder gratuitamente á otro el derecho que tiene (*c*), aunque el usufructuario puede hacerlo. El que tiene el uso 2
de una casa, solo está en el derecho de habitarla él mismo, sin poderla traspasar á otro. Con dificultad se ha admitido que pudiera recibir un huésped, y habitar con su mujer, sus hijos, sus libertos y otras personas libres adheridas á su servicio, como los esclavos, ó con su marido si era mujer la que tenia el uso (*d*). Del mismo modo aquel á 3
quien pertenece el uso de un esclavo, solo tiene el derecho, que no puede traspasar á otro, de aprovecharse por sí mismo de su trabajo y

(1) §. 1 de la ley 6, tit. I, lib. VII del Dig.

operis atque ministerio ejus uti potest; ad alium verò nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est et in jumento (*e*).

de su servicio. Lo mismo sucede relativamente á las bestias de carga (*e*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 4, ley 10, tít. VIII, lib. VII del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 12, tít. VIII, lib. VII del Dig.)
(*c*) Copiado de Cayo. (Ley 11, tít. VIII, lib. VII del Dig.)
(*d*) Tomado de Ulpiano. (§. 2, ley 12, tít. VIII, lib. VII del Dig.)
(*e*) Conforme con Ulpiano. (§§. 5 y 6 de la ley 12, tít. VIII, lib. VII del Dig.)

Comentario.

Minùs juris.—Este principio general en la materia de que se trata ha sido ya desenvuelto anteriormente, al explicar la definicion del usufructo, donde se ha dicho que comprendia la facultad de usar y la de aprovecharse de los productos de la cosa. El uso, de consiguiente, está implícita y esencialmente en el usufructo, y no comprende, como este, el derecho de hacer propios por la percepcion los frutos que la cosa produce.

Nihil ulterius.—El derecho de usuario de una heredad rústica rigurosamente comprende la facultad de vivir en ella, de pasearse del modo que su naturaleza lo permita, de servirse de las bodegas destinadas á la conservacion de los frutos, y de impedir á todos, hasta al mismo propietario, la entrada en la finca, pero solo en cuanto no perjudique á su cultivo (1). Sin embargo, como los jurisconsultos creyeron que estos derechos, por no tener unida la facultad de aprovecharse en parte de los frutos, eran poco extensos, y que frecuentemente podrian ser ineficaces, empezaron por una interpretacion benigna á conceder al usuario de una finca rústica los frutos que fueran indispensables para su uso cotidiano y el de su familia, mas solo en cuanto los consumiera. Las escuelas de los antiguos jurisconsultos no estaban acordes acerca de las clases de frutos que debian concederse al usuario; pero prevaleció como regla general, que fueran los que necesitare de las clases que la finca producia (2).

Ad usum quotidianum.—Las necesidades cotidianas deben regularse atendiendo á la condicion y á la dignidad de la persona del usuario y á los productos de la heredad (3).

(1) §. 4 de la ley 10; y §. 1.° de la ley 12, tít. VIII, lib. VII del Dig.
(2) §. 1 citado de la ley 10, tít. VIII, lib. VII del Dig.
(3) §. 4 citado.

Neque domino fundi molestus sit.—El usuario de una heredad rústica puede impedir la entrada hasta al propietario, cuando no tenga por objeto su cultivo ó la recoleccion de los frutos; pero no le es lícito poner el menor obstáculo á cuanto conduzca á las faenas rurales, ni á que vivan allí los criados y bestias de labor.

Jus quod habet.—A diferencia del usufructuario, el usuario no puede traspasar á otro el derecho de percibir los frutos, que una interpretacion favorable le concede.

Tantum habitet.—El usuario de una casa tiene el derecho exclusivo de habitarla, aun en el caso de que no la necesite toda, y por lo tanto no podrá el propietario pretender que se le permita vivir en la parte que aquel no aproveche, porque como dice Pomponio (1), quizá llegue el tiempo en que quiera ocuparla toda.

Nec hoc jus ad alium transferre.—Esta doctrina es conforme á la que por regla general se observa en la servidumbre de uso, y puede decirse que en la especial del de la casa constituye la única diferencia que la separa del usufructo. Pero si bien está prohibido al usuario arrendar ó conceder á otro el uso gratuito del edificio, debe esto entenderse limitado al caso en que él no la habite, pues si lo hace, bien podrá tener huéspedes que le retribuyan por la parte que ocupen (2).

Vix receptum esse.—Estas palabras aluden á las dudas de los antiguos acerca de este punto.

Ipse tantum.—Es decir, no solo el usuario, sino tambien su mujer y sus hijos, que en el aprovechamiento de esta servidumbre se reputaban como una sola persona (3).

Operis atque ministerio.—Indudable es que el usuario puede aprovecharse del trabajo y servicio del esclavo en cuanto le sirva individualmente y á su familia. ¿Pero qué sucederá respecto de las adquisiciones? Si estas provienen de una cosa del usuario hecha por su mandato, serán para él como por ejemplo, si lo pusiese al frente de un establecimiento para ejercer su industria; pero si solo dimanan del trabajo ó de un acto en que el usuario en nada haya intervenido, corresponderán al propietario, pues que el que tiene el uso del esclavo tampoco puede arrendar su trabajo (4).

4 Sed si pecoris vel ovium usus legatus fuerit, *neque lacte*, neque agnis, neque lanâ utetur usuarius,

Si se ha legado á alguno el uso de un ganado, por ejemplo, de ovejas, el usuario no podrá usar ni de la le- 4

(1) §. 1 de la ley 22, tit. VIII, lib. VII del Dig.
(2) Ley 4, tit. VIII, lib. VII del Dig.
(3) Ley 9, y §. 5 de la ley 12, tit. VIII, lib. VII del Dig.
(4) Principio de la ley 12, tit. VIII, lib. VII del Dig.

quia ea in fructu sunt. Planè ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.

che, ni de los corderos, ni de la lana, porque estas cosas pertenecen al fruto. Mas podrá usar del ganado para estercolar su campo.

ORIGENES.

Tomado de Ulpiano. (§. 2, ley 12, tít VIII, lib. VII del Dig.)

Comentario.

Neque lacte.—Aquí se consigna un principio estricto, que viene á hacer casi ineficaz, ó al menos muy poco ventajoso, el uso del ganado. Por esto, y atendiendo á la latitud que debe darse á las últimas voluntades, se ve entre las leyes del Digesto (1) un fragmento de Ulpiano, en que sienta la opinion de que no debe prohibirse al usuario de un ganado tomar alguna leche. Por razones análogas, cuando se lega el uso de cosas, que no son susceptibles de él sin consumirse, se reputan dejadas en usufructo (2).

5 Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, *neque usus videtur, neque ususfructus,* sed *quasi proprium aliquod jus.* Quam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundùm Marcelli sententiam, nostrâ decisione promulgatâ, permissimus, non solùm in eâ degere, sed etiam aliis locare.

Si se ha dado á uno la habitacion 5 en virtud de legado ó de cualquier otro modo, esto no es ni uso ni usufructo, sino una especie particular de servidumbre. Los que tienen la habitacion, pueden, no solo vivir en ella, sino arrendarla á otros, segun una decision, que, conformándonos con los principios de utilidad y siguiendo la opinion de Marcelo, hemos promulgado.

ORIGENES.

Esta constitucion es la ley 13, tít. XXXIII, lib. III del Cód.

Comentario.

Neque usus videtur, neque ususfructus.—Una constitucion de Justiniano (3) refiere las dudas que los antiguos tenian acerca del legado de habitacion. Pretendiendo algunos que relativamente á las casas solo existian dos clases de servidumbres personales, el uso y el usufructo, disputaban á cuál de ellas debia pertenecer el legado de habitacion; otros suponian que era una nueva especie de servidumbre; y otros, finalmente, que equivalia al legado de propiedad. Aun los mismos que clasificaban la habitacion como servidumbre especial, no estaban acordes acerca de la duracion que deberia tener, que-

(1) §. 2 de la ley 12, tít. VIII, lib. VII.
(2) §. 2 de la ley 5, tít. V; y ley 22, tít. VIII, lib. VII del Dig.
(3) Ley 13, tít. XXXIII, lib. III del Cód.

riendo unos que solo fuera de un año, mientras que otros, entre los cuales debe contarse á Rutilio, á Celso y á Ulpiano (1), la prolongaban á toda la vida del concesionario: ni era mayor su conformidad acerca de la extension, ya concediéndole, ya negándole la facultad de arrendar. El Emperador terminó todas estas controversias considerando la habitacion como una servidumbre especial diferente del uso y del usufructo, dándole por término ordinario la muerte de aquel á cuyo favor estaba constituida, y concediendo la facultad de arrendarla. La habitacion comprende toda la parte de la casa destinada á habitar.

Quasi proprium aliquod jus.—A diferencia del uso y del usufructo la habitacion no se pierde por el no uso (2); siendo la razon que mas bien consiste en hecho que en derecho (3).

6 Hæc de servitutibus et usufructu et usu et habitatione dixisse sufficiat. De hæreditate autem et de obligationibus suis locis proponemus.

Baste lo que hemos dicho acerca de las servidumbres de usufructo, uso y habitacion. En su lugar correspondiente hablaremos de las herencias y de las obligaciones. 6

6 *Exposuimus summatim*, quibus modis jure gentium res adquiruntur: modò videamus, quibus modis legitimo et civili jure acquiruntur.

Hemos expuesto sumariamente los modos de adquirir por derecho de gentes; pasaremos ahora á tratar de los que provienen del civil. 6

Comentario.

Exposuimus summatim.—Estos dos párrafos que pone aqui el Emperador para indicar la razon del método, prueban mas bien, como nota Ortolan, el camino tortuoso que sigue en la exposicion de los diferentes modos de adquirir.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Segun nuestras leyes, el que tiene el uso de un ganado puede aprovecharse de la lana, leche y corderos necesarios, en cuanto lo permite la naturaleza de esta servidumbre (4). En todos los demás puntos de este título no se observa diferencia entre el derecho español y el romano (5).

Téngase presente en este lugar lo expuesto al final de la compara-

(1) §. 3 de la ley 10, tít. VIII, lib. VII del Dig.
(2) §. inicial de la ley 10, tít. VIII, lib. VII del Dig.
(3) Ley 10, tít. V, lib. IV del Dig.
(4) Ley 21, tít. XXXI, Part. III.
(5) Título XXXI, Part. III.

cion del derecho romano y del español en el título que precede respecto á la necesidad de inscribir el usufructo para que pueda perjudicar al que no haya sido parte en el acto ó contrato en que se constituya, lo cual es aplicable tambien á las demás servidumbres personales (1).

TITULUS VI.

De usucapionibus et longi temporis possessionibus.

TITULO VI.

De las usucapiones y posesiones de mucho tiempo.

Pasa el Emperador á hablar de los modos de adquirir introducidos por el derecho civil, en su sentido estricto, empezando por los singulares, y consagrando este título á la prescripcion.

La prescripcion es, ó bien un modo de adquirir la propiedad, ó bien de libertarse de una carga ú obligacion. Bajo el primer aspecto, que es el competente en este lugar, puede definirse *adquisicion de dominio por continuacion de la posesion durante el tiempo prefinido por la ley*. Introducida con objeto de evitar la incertidumbre del dominio, es á la vez una salvaguardia de este derecho y del órden social: fundada en la posesion, base primitiva de la propiedad, descansa en la presuncion de que ha caducado el título del que deja pasar mucho tiempo sin hacerlo valedero.

Muy antiguo fué su orígen entre los romanos. Segun la ley de las Doce Tablas, el que tenia en sus bienes una cosa mueble durante un año, ó durante dos si era inmueble, por solo su posesion adquiria el dominio quiritario. A esto llamaron *usucapion, ab usu capiendo*, esto es, adquisicion por el uso. Claro es, por lo tanto, que solo podia ser extensiva á los bienes muebles ó inmuebles susceptibles del dominio romano; pero no á las hipotecas y demás derechos en la cosa, que afectaban á la propiedad, ni á libertarse de las obligaciones. Tampoco los predios provinciales podian estar comprendidos en la ley de las Doce Tablas, puesto que cuando estas se publicaron, no habian los romanos extendido su dominacion fuera de la Italia, á lo que se agrega que, como he dicho en otra ocasion, rechazando la consideracion estricta del dominio quiritario, no podian ser adquiridos de esta manera; mas los pretores en sus edictos provinciales introdujeron para ellos, en lugar de la usucapion, la prescripcion de largo tiempo, fijándola á diez años entre presentes y á veinte entre ausentes. En su virtud los poseedores estaban garantidos respecto de las pretensiones que contra ellos pudieran entablarse, medida que despues confirmaron las constituciones imperiales (2).

---

(1) Artículos 2 y 25 de la Ley hipotecaria.
(2) Ley 76, tít. I, lib. XVIII del Dig.

Dos, pues, fueron desde entonces los modos de adquirir el dominio por consecuencia de la posesion, á saber: la usucapion y la prescripcion. Diferenciábanse por razon de las cosas que eran su objeto, por el tiempo que necesitaban, y por los efectos que producian: habiendo explicado ya las primeras diferencias, me concretaré ahora á la última. La usucapion daba el dominio, y por lo tanto el adquirente, completo su término, tenia una accion real para pedir y obtener la cosa de cualquier poseedor en cuyo poder se hallase; esto es, la reivindicacion: la prescripcion, por el contrario, no era, rigurosamente hablando, modo directo de adquirir el dominio, sino mas bien el medio para rechazar al antiguo dueño, que, cumplido el término señalado al efecto, se presentaba á reclamarla; y aunque en su principio se diferenciaba de las excepciones, vino despues á confundirse con ellas: así es que el Digesto (1) y el Código (2) usan como sinónimas las palabras excepcion y prescripcion. De esto puede inferirse que el prescribente, atendidos los principios del derecho civil, no tenia la reivindicacion, sin embargo de que, en su defecto, estaba tambien auxiliado por acciones, que el pretor, atendiendo la equidad, le acordaba. Otras diferencias menos interesantes habia entre la usucapion y la prescripcion.

Con la igualacion del suelo itálico y provincial no podian subsistir las diferencias emanadas de la diversa naturaleza que aquellos tenian antiguamente: Justiniano, pues, para ser consiguiente á su sistema, debia reemplazar á los primitivos modos de adquirir por efecto de la posesion, otro que completase la nivelacion que con tanta razon habia ejecutado.

Jure civili constitutum fuerat, ut, qui bonâ fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit, eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliâve quâ justâ causà acceperit, is eam rem, si mobilis erat, *anno ubique*, si immobilis, biennio tantum *in Italico solo* usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora (*a*), nobis melior sententia resedit, ne domini matu-

Segun habia establecido el derecho civil, el que compraba una cosa, ó la recibia por donacion, ú otra justa causa con buena fé, del que creia que era dueño, sin serlo, adquiria el dominio de ella por el uso de un año, si era mueble, en todas partes, y si era inmueble, por el de dos años solamente en el suelo itálico, con el fin de que el dominio no estuviera incierto. Así lo establecieron los antiguos, creyendo que el referido tiempo era suficiente para que los dueños in-

(1) Titulo I, lib. XLIV.
(2) Tit. XXXVI, lib. VIII.

riùs suis rebus *defraudentur*, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideò constitutionem super hæc *promulgavimus*, quâ cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles verò per longi temporis possessionem (id est *inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis*) usucapiantur, et his modis non solùm in Italiâ, sed in omni terrâ, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum, *justâ causa possessionis* præcedente, acquirantur (b).

quiriesen sus cosas (*a*). Nosotros hemos reputado por mejor no despojar tan prontamente á los hombres de sus propiedades, ni limitar este beneficio á determinado territorio. Así hemos promulgado una constitucion, en virtud de la cual se adquieran las cosas muebles por el uso de tres años, y las inmuebles por la posesion de largo tiempo (esto es, de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes), y que de este modo no solamente en la Italia, sino en todo pais sometido á nuestro imperio, se adquiera el dominio de las cosas, cuando preceda una justa causa de posesion (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§§. 42, 43, 44 y 46, lib. II de sus Inst.)
(*b*) Esta constitucion es la ley única del tít. III, lib. VI del Cód.

Comentario.

Jure civili.—Alúdese á la ley de las Doce Tablas, de donde dimanó la usucapion; pero es de advertir que estas no hacen diferencia entre el suelo itálico y el provincial, la cual se introdujo cuando los romanos empezaron á extender sus conquistas fuera de Italia.

Anno ubique.—No estando las cosas muebles adheridas al terreno, todas eran de igual condicion, cualquiera que fuese el lugar en que se hallaran.

In italico solo.—No era precisamente necesario para el efecto de la usucapion que la cosa inmueble estuviera en suelo itálico, bastaba que gozase de su privilegio.

Defraudentur.—Esta palabra no se usa en su sentido gramatical, pues que el antiguo derecho queria, lo mismo que el nuevo, alejar el fraude en la usucapion, y exigia buena fé y título justo para que esta tuviera lugar: alude al rigor excesivo de la ley primitiva, que por la corta extension de los plazos privaba, antes del tiempo que parecia conducente, del dominio de las cosas.

Promulgavimus.—La constitucion que cita Justiniano, haciendo desaparecer las diferencias antiguas, y acomodándose mas á las necesidades de su época, al respeto que se debe á la propiedad y á la necesidad de fijarla, fundó en un mismo modo de adquirir la usucapion y la prescripcion, cesando desde entonces hasta la diversidad de no-

menclaturas, y designándose con cualquiera de ellas la reforma introducida, si bien se observa que la palabra usucapion en alguna ley se aplica á las cosas muebles, y la prescripcion á las inmuebles (1).

Inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis.—Entiéndese por presentes al poseedor y al propietario que tienen su domicilio en la misma provincia, sin relacion ninguna al lugar en que está la propiedad, y lo contrario por ausentes (2). En el caso de que haya presencia en parte del tiempo, y en parte ausencia, cada dos dias de esta se computarán como uno de aquella (3). Por último, tanto en las cosas muebles como en las inmuebles, el tiempo se cuenta por dias y no por horas (4).

Justâ causâ possessionis.—Por el derecho que Justiniano introdujo, del mismo modo que por el antiguo, son requisitos indispensables para la prescripcion que sea precedida de buena fé y de un título hábil para la traslacion del dominio: de esto se infiere que la posesion, de que aquí se trata, debe ser civil. No necesito dar mas explicaciones acerca de este punto, que amplié en el título primero de este Libro (5), al hablar de la percepcion de frutos hecha por el poseedor de buena fé. Solo debo añadir que esta buena fé únicamente se exige al principio de la prescripcion (6), porque entonces hubiera el poseedor adquirido el dominio, á no existir el obstáculo que ignoraba.

1 Sed aliquando, etiamsi maximè quis bonâ fide rem possederit, *non tamen* illi usucapio ullo tempore procedit, veluti, si quis liberum hominem vel rem sacram vel religiosam vel servum fugitivum possideat.

Algunas veces acontece que el que posee con buena fé no puede adquirir la propiedad por ningun tiempo de posesion: así se verifica respecto del que posee un hombre libre, una cosa sagrada ó religiosa, ó un esclavo fugitivo. 1

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§§. 45 y 48, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Non tamen.—Además de la buena fé y del título hábil para prescribir, se requiere que la cosa sea capaz de adquisicion: algunas carecen de este requisito por su naturaleza, porque no son susceptibles

(1) §. 12 de este mismo título.
(2) Ley 12, tít. XXXIII, lib. VII del Cód.
(3) Capítulo 8 de la nov. 119.
(4) Leyes 6 y 7, tít. III, lib. XLI del Dig.
(5) Comentario al §. 35.
(6) §. 3 de la ley 15, tít. III, lib. XLI del Dig.

de propiedad; á cuya clase pertenecen las cosas sagradas y religiosas, exentas, como se ha visto, del comercio, y los hombres libres vendidos como esclavos. El esclavo fugitivo no está comprendido en la regla, sino mas bien pertenece á las cosas furtivas de que habla el texto siguiente; pues, como dice el jurisconsulto Africano (1), los esclavos fugitivos en cierto modo parece que se hurtan á si mismos.

2 *Furtivæ* quoquè res, *et* quæ *vi possessæ* sunt, nec si prædicto longo tempore bonâ fide possessæ fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et *lex Atinia* inhibet usucapionem; vi possessarum lex *Julia* et *Plau-*
3 *tia* (*a*). Quod autem dictum est, furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit (nam his aliâ ratione usucapio non competit, quia scilicet malâ fide possident); sed *ne ullus alius*, quamvis ab eis bonâ fide emerit, vel ex aliâ causâ acceperit, usucapiendi jus habet. Unde in rebus mobilibus non facilè procedit ut bonæ fidei possessori usucapio competat. Nam *qui alienam rem vendidit*, vel ex aliâ causâ tradidit,
4 furtum ejus committit (*b*). Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam, si hæres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hæreditariam esse, bonâ fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est, quippe ea res in furti vitium non ciciderit, cum utique hæres, qui bonâ fide tamquam suam alienaverit, furtum non committit (*c*).
5 Item si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse

Las cosas furtivas y las obtenidas 2
con violencia no pueden ser adquiridas por la posesion, aunque sea de buena fé y del largo tiempo que hemos mencionado, porque la usucapion de las cosas furtivas está prohibida por la ley de las Doce Tablas y por la ley Atinia, y la de las cosas poseidas con violencia por la ley Plaucia y por la Julia (*a*). Lo que he- 3
mos dicho acerca de que está prohibida por las leyes la usucapion de las cosas furtivas y poseidas por fuerza, no quiere significar que no puede adquirirlas por la posesion el ladron mismo, ó el que violentamente las posee (porque á estos se lo impide otra razon, que es la posesion de mala fé), sino que ningun otro puede adquirirlas, aunque con buena fé las haya comprado ó recibido de ellos por otra causa. De aquí dimana que en las cosas muebles no sucede con facilidad que el poseedor de buena fé pueda adquirirlas por la posesion; mas el que á sabiendas vende una cosa ajena, ó la entrega por otra cualquier causa, comete hurto de ella (*b*). Sin embargo, al- 4
gunas veces no sucede así; porque si el heredero, tomando como perteneciente á la herencia una cosa, que el difunto tenia en comodato, en arrendamiento ó en depósito, la diese en venta, en donacion ó en dote á una persona que la recibiese de buena fé, no hay duda de que el que

(1) Ley 62, tít. II, lib. XLVII del Dig.

credens vendiderit, aut donaverit, furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non
6 committitur (*d*). *Aliis* quoquè *modis* accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat, ut à possessore
7 usucapiatur (*e*). Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expeditiùs procedit. Ut, si quis loci *vacantis* possessionem, *propter absentiam aut negligentiam* domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur (*f*). Qui, quamvis ipse malâ fide possidet (quia intelligit, se alienum fundum occupasse), tamen, si alii bonâ fide accipienti tradiderit, poterit *ei longâ possessione res acquiri*, quia neque fortivum, neque vi possessum accepit; *abolita est* enim quorumdum veterum *sententia*, existimantium, etiam *fundi locive* furtum fieri (*g*), et eorum, qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur ne cui longa et indubitata
8 possessio auferri debeat. Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest; veluti si *in domini potestatem* reversa fuerit. Tunc enim, vitio rei purgato, procedit ejus usucapio (*h*).

la recibe puede adquirirla por el uso, porque esta cosa no está afectada del vicio de hurto, pues que el heredero que la enajenó de buena fé, creyendo que era suya, no lo
comete (*c*). Asimismo, si creyendo el 5
usufructuario de una esclava que el parto es suyo, lo vendiere ó lo diere, no comete hurto, porque no se comete este sin la intencion de hur-
tar (*d*). Puede ocurrir tambien de 6
otras maneras que, sin cometer hurto, alguno trasfiera á otro una cosa ajena, y dé por consiguiente al poseedor el derecho de adquirirla
por el uso. En las cosas inmuebles, 7
vacantes por ausencia ó por negligencia del dueño, ó porque muriese sin sucesor, acontece con mas facilidad que alguno adquiera su posesion sin violencia (*e*). Aunque este tiene mala fé porque sabe que ocupa una heredad ajena, sin embargo, si la entrega á otro que la recibe de buena fé, este último puede adquirirla por una larga posesion, pues que ha recibido una cosa que no era robada, ni poseida con violencia (*f*). Está, pues, desechada la opinion de algunos jusisconsultos antiguos, que creian que podia cometerse hurto en las heredades y en el terreno (*g*). Las constituciones imperiales impiden que los que poseen bienes inmuebles puedan ser despojados de una posesion larga y cier-
ta. Algunas veces las cosas furtivas 8
ó poseidas por fuerza pueden ser adquiridas por la posesion, como acontece cuando han vuelto á poder del propietario, porque purgado el vicio, la usupacion tiene lugar (*h*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo (§. 45, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Tomado casi literalmente de Cayo. (§§. 49 y 50, Com. II de sus Inst.)

(c) Tomado de Cayo. (§. 50, Com. II de sus Inst.)
(d) Copiado de Cayo. (§. 50, Com. II de sus Inst.)
(e) Tomado de Cayo. (§. 50, Com. II de sus Inst.)
(f) Tomado de Cayo. (§. 51, Com. II de sus Inst.)
(g) Tomado de Cayo. (Ley 38, tít. III, lib. XLI del Dig.)
(h) Conforme con Paulo. (§. 6, ley 4, tít. III, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Furtivæ, et vi possessæ.—Las cosas hurtadas y las poseidas con violencia no son capaces de prescripcion por el vicio que las afecta.

Lex Atinia.—La ley Atinia, que es uno de los plebiscitos con nombre de ley, fué dada en el año 557 de la fundacion de Roma á propuesta del tribuno Atinio Labeon. Hablando solo de las cosas furtivas, se limitaba implícitamente á las muebles, porque las inmuebles no eran capaces de hurto.

Julia.—Esta es la famosa ley Julia *de vi publicâ et privatâ*, dada en tiempo de Augusto, de que tendré ocasion de tratar mas de una vez en el trascurso de estas Instituciones.

Plautia.—La ley Plaucia ó Plocia fué tambien un plebiscito dado á propuesta del tribuno M. Plaucio en el año 665 de la fundacion de Roma. Por él y por la ley Julia se hizo extensiva á las cosas inmuebles invadidas, ó á las muebles ocupadas por la violencia, la incapacidad de ser adquiridas por la posesion, supliendo de este modo el vacío que habian dejado la ley de las Doce Tablas y la Atinia relativa solamente á las cosas furtivas.

Ne ullus alius.—La cosa furtiva ó poseida violentamente, por cualquiera mano que pase, conserva el carácter de hurtada, robada ó invadida, y es incapaz por lo tanto de prescripcion.

Qui alienam rem vendidit.—Muchos textos dicen: *qui sciens alienam rem vendit*, porque una accion no puede calificarse de delito sino en cuanto se ejecuta con intencion de delinquir, esto es, á sabiendas, como mas adelante manifestaré. Sirva esta advertencia para la mas fácil comprension de algunos de los párrafos siguientes.

Aliis modis.—Es decir: en todas ocasiones en que un error de hecho hace creer al que entrega la cosa que es su propietario, puesto que entonces no es furtiva por faltar la intencion de hurtar, sin la cual no existe el delito: Cayo (1) pone el ejemplo del que, reputándose de buena fé heredero sin serlo, enajena una cosa hereditaria: y Paulo (2) el del que posee en la inteligencia de que el propietario ha hecho dejacion de la cosa.

---

(1) §. 1 de la ley 36, tít. II, lib. XLI del Dig.
(2) Ley 4, tít. VII, lib. XLI del Dig.

Vacantis, propter absentiam aut negligentiam.—Como la posesion civil se conserva con la mera intencion (1), es claro que la ausencia no es suficiente de por sí para que se repute vacante una heredad: el texto, pues, se refiere al que la abandona por largo tiempo, no la cultiva, y tiene contra sí la presuncion de haber hecho dejacion de su dominio. Vinnio observa con razon el error de los que refieren la palabra *vacantis* á la cosa abandonada por el que no quiere ya ser su propietario, pues que entonces sin necesidad de prescripcion la hace suya el ocupante, como ya se ha dicho.

Ei longâ possessione res acquiri.—Justiniano cambió despues en une novela (2) la doctrina que aquí establece, determinando qne si el poseedor primitivo de una heredad tenia mala fé, solo pudiera adquirir la cosa el que con buena fé la hubo de él por la prescripcion ordinaria, en el caso de que el dueño guardase silencio, sabiendo su derecho y la venta ejecutada; pero qne, ignorándolo, solo habia lugar á la adquisicion por la prescripcion de treinta años.

Abolita est sententia.—Los Sabinianos sostenian que podia cometerse hurto en las cosas inmuebles; pero ya en tiempo de Cayo estaba su opinion universalmente rechazada (3).

Fundi locive.—No son siempre sinónimas las palabras *fundus, locus,* como sucede en este lugar: así unas veces *locus* se toma en un sentido mas general que *fundus* (4), y otras en un sentido mas limitado, comprendiendo solo una parte de la heredad (5).

In domini potestatem.—Devuelta la cosa al que la tenia en préstamo ó arrendamiento, no se purga el vicio de hurto, mientras no sea restituida al mismo dueño como propia; pero si este, creyéndola ajena, la comprase, subsistirá la incapacidad para la prescripcion (6). Se reputa que una cosa ha vuelto á poder del dueño que ha obtenido su estimacion á consecuencia de haberla reivindicado (7), y del mismo modo si con su voluntad ha sido entregada á un tercero (8). Cuando el representante del dueño es el que ha recobrado la posesion, el vicio no estará purgado hasta que el propietario tenga conocimiento de que la cosa ha vuelto á su poder, lo cual debe entenderse del caso en que supo el hurto, no de aquel en que lo ignoró (9).

---

(1) §. 5, tit. XV, lib. IV de estas Inst.
(2) Capitulo 7 de la nov. 119.
(3) §. 51, Com. II de las Inst. de Cayo.
(4) Ley 4, tit. V, lib. VIII del Dig.
(5) Ley 26, tit. II, lib. XLI del Dig.
(6) §. 6 y siguientes de la ley 4, tit. III, lib. XLI del Dig.
(7) §. 15.
(8) §. 14.
(9) §. 7.

Cuando la cosa ha sido hurtada á uno que no es dueño, por ejemplo, al usufructuario ó al que la tenia en prenda, el vicio queda purgado volviendo á manos de estos (1). Pero si fuese el dueño quien hubiere cometido el hurto de su misma cosa quitándosela al usufructuario ó al acreedor hipotecario, sin que vuelva á poder suyo es susceptible de prescripcion (2).

9 Res *fisci nostri* usucapi non potest. Sed Papinianus scripsit, *bonis vacantibus* fisco *nondum nuntiatis*, bonâ fide emptorem sibi traditam rem ex his bonis usucapere posse; et ita divus Pius, et divi Severus et Antoninus rescripserunt.

Las cosas correspondientes á nuestro fisco no pueden ser adquiridas por prescripcion: pero Papiniano escribió que, antes de ser denunciados los bienes vacantes, el comprador de buena fé podia adquirir los de esta clase que se le hubiesen entregado. Asi lo decidieron tambien por sus rescriptos el Emperador Antonino Pio y los Emperadores Severo y Antonino. 9

ORIGENES.

Conforme con Modestino. (Ley 18, tít. III, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Fisci nostri.—Este privilegio tuvo por fundamento evitar que el fisco fuera defraudado por la incuria, ó la multiplicidad de ocupaciones de sus agentes, ó por la dificultad de descubrir los bienes que le pertenecian.

Bonis vacantibus.—Alúdese á los bienes en que no habia un sucesor testamentario ó legítimo.

Nondum nuntiatis.—Aunque los bienes vacantes pertenecian desde luego al fisco en pleno derecho y por ministerio de la ley, no se reputaba que entraban en su dominio hasta que eran denunciados por los agentes fiscales, y por lo tanto desde entonces era cuando resistian la prescripcion.

10 Novissimè sciendum est, rem talem esse debere, ut in se *non habeat vitium*, ut à bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex aliâ justâ causâ possidet.

Por último, es de advertir que la cosa debe ser de tal naturaleza que no tenga ningun vicio, para que la pueda adquirir por el uso el comprador ó el que por cualquiera otra justa causa la posee. 10

(1) Ley 49, tít. III, lib. XLI del Dig.
(2) §. 21 de la citada ley

ORIGENES.

Conforme con Pomponio. (§. 1, ley 24, tít. III, lib XLI del Dig.)

Comentario.

Non habeat vitium.—Es decir, que la cosa sea capaz de prescripcion. Además de las que no la admiten, que ya se mencionaron antes, esto es, las cosas sagradas, religiosas, hurtadas, robadas, invadidas ó fiscales, hay otras de que no hablan las Instituciones. Tales son los bienes inmuebles correspondientes á las iglesias (1), los de los pupilos y menores (2), y los dotales, cuando el tiempo de la prescripcion no ha empezado á correr antes del matrimonio (3). Lo mismo sucede respecto de los bienes correspondientes al peculio adventicio, que han sido enajenados, porque la prescripcion no corre contra el imposibilitado de usar de su derecho; y de los que, correspondiendo á un ascendiente, pasan en virtud de segundas nupcias á ser propiedad de los hijos de las primeras (4). A estas incapacidades de las cosas para ser prescritas deben añadirse la de la cosa legada que ha sido enajenada por el heredero, porque el legatario puede reivindicarla de cualquier tercer poseedor, háyala poseido por el tiempo que quiera (5); y la que tiene el dueño de un edificio de adquirir por usucapion los materiales ajenos empleados en la construccion, por la razon de que aquel á quien pertenecen no puede hacerlos separar mientras está en pié el edificio (6).

11 *Error* autem *falsæ causæ* usucapionem non parit. Veluti, si quis, cum non emerit, emisse se existimans, posideat: vel, cum ei donatum non fuerat, quasi ex donatione posideat.

El error de una falsa causa no produce usucapion; por ejemplo, si alguno posee en la inteligencia de que ha comprado, no siendo cierto, ó cree que ha recibido en donacion lo que no ha recibido. 11

ORIGENES.

Conforme con Africano (Ley 11, tít. IV, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Error.—En la prescripcion siempre interviene un error, esto es,

(1) Capítulo 1 de la nov. 111.
(2) Ley 3, tít. XXXV, lib. VII del Cód.
(3) Ley 30, tít. XII, lib. V del Cód.
(4) Capítulo 24 de la nov. 22.
(5) §. 3 de la ley 3, tít. XLIII, lib. VI del Cód.
(6) § 11 de la ley 7, tít. I; y §. 2 de la ley 23, tít. III, lib. XLI del Dig.

la creencia equivocada de que somos dueños de la cosa en virtud del justo título, por el cual la adquirimos. Pero este error debe ser de hecho: el de derecho no aprovecha (1). Así, si hemos recibido una cosa de un pupilo, sabiendo que lo era y creyendo que su edad le permitia enajenar, no podremos prescribir: lo contrario sucederá si el error consiste en el hecho de creer que era mayor de edad. Los errores de hecho que arguyen una gran negligencia, y prueban omision en hacer las investigaciones correspondientes, impiden tambien la prescripcion (2).

Falsæ causæ. La razon es bien obvia: falta el título para la prescripcion. Mas esta doctrina no es siempre cierta, pues en el caso de que el error tenga un fundamento racional, no impide la prescripcion. Así vemos que Justiniano adoptó como ley (3) la opinion del jurisconsulto Africano, á saber: que habia lugar á la usucapion en el caso de que el poseedor creyese en virtud de la respuesta del esclavo ó del procurador, á quien habia encargado que comprase alguna cosa, que sus órdenes quedaban ejecutadas.

12 *Diutina possessio*, quæ prodesse cœperat defuncto, et hæredi et bonorum possessori continuatur, licèt ipse sciat prædium alienum (*a*); quod si ille initium justum non habuit, *hæredi et bonorum possessori*, licèt ignoranti, possessio non prodest (*b*). Quod nostra constitutio *similiter et in usucapionibus* observari constituit, ut tempora conti-
13 nuentur (*c*). Inter *venditorem* quoquè *et emptorem conjungi tempora*, divus Severus et Antoninus rescripserunt (*d*).

La larga posesion que habia empezado á aprovechar al difunto se continúa para el heredero y para el *bonorum-poseedor*, aunque sepan que la heredad es ajena (*a*). Mas cuando el difunto tuvo mala fé al principio, la posesion no servirá al heredero ni al *bonorum-poseedor*, aunque la tenga buena (*b*). Lo que una constitucion nuestra mandó observar en las usucapiones, respecto de las cuales debe continuar igualmente el tiempo comenzado (*c*). Un 13
rescripto de los Emperadores Severo y Antonino previene que debe continuarse en el comprador el tiempo de la prescripcion empezado en el vendedor (*d*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (§. 19, ley 2, tít. IV, lib. XLI del Dig.)
(*b*) Conforme con Papiniano. (Ley 11, tít. III, lib. XLIV del Dig.)
(*c*) Esta es la ley única del tít. XXXI, lib. VII del Cód.
(*d*) Conforme con Paulo. (§. 20, ley 2, tít. IV, lib. XLI del Dig.)

(1) Ley 4, tít. VI, lib. XXII del Dig.
(2) Ley 6, tít. VI, lib. XXII del Dig.
(3) Ley 11, tít. IV, lib. XLI del Dig.

Comentario.

Diutina possessio.—He dicho antes que la posesion ha de ser civil; ahora debo añadir que no ha de sufrir interrupcion. Esta interrupcion, á que se da tambien el nombre de *usurpacion* (1), es ó natural ó civil. La natural consiste en el hecho material de perder la posesion; la civil se verifica cuando se intenta una accion contra el poseedor (2), ó en su ausencia se protesta contra su derecho (3). Mas esta demanda ó protesta solo interrumpe la posesion en favor del que la introduce, no de un tercero (4), y en el caso de que el poseedor sea absuelto de la accion contra él intentada, no le perjudica.

Hæredi et bonorum possessori.—Esto es: los sucesores universales, bien en virtud del derecho civil, *hæredes*, ó por consecuencia del pretorio, *bonorum possessores*: unos y otros, entrando en la universalidad de bienes dejados por el difunto, reemplazan su persona, y se entiende que tienen en cada una de las cosas hereditarias los mismos derechos del difunto, en cuyos actos y contratos se hallan subrogados. Consecuencia de esto es que no se atienda á su buena ó mala fé personal, sino á la de aquel á quien representan: doctrina conforme á lo que antes se ha dicho de que basta la buena fé al principio de la prescripcion. Infiérese tambien de aquí que no puede el heredero empezar á prescribir la cosa que cree de buena fé que es suya, cuando el difunto la poseia de mala fé.

Similiter et in usucapionibus.—Al comentar el párrafo inicial de este título cité el presente con objeto de demostrar que á las veces, aun despues de la nueva forma por la que la usucapion y la prescripcion se refundieron, se aplica la palabra *prescripcion* á las cosas inmuebles, y la de *usucapion* á las muebles: esto basta para que se comprenda la inteligencia que doy á este lugar. Creo, pues, que el Emperador dice *usucapionibus*, esto es, *la adquisicion por el uso de las cosas muebles*, solo porque empezó el texto con la frase *diutina possessio*, que puede referirse únicamente á la prescripcion de las cosas inmuebles, pues á unas y otras es extensiva su doctrina. Me aparto de la opinion de algunos autores, poco acertada, en mi dictámen, y no admito la trasposicion de Cujas refutada justamente por Vinnio.

Venditorem et emptorem.—Entiéndanse estas palabras puestas por ejemplo, porque la doctrina del texto es extensiva á todas las adquisi-

---

(1) Ley 2, tit. III, lib. XLI del Dig.
(2) Ley 10, tit. XXXII, lib. VII del Cód.
(3) Leyes 2 y 3, tit. XL, lib. VII del Cód.
(4) Dichas leyes 2 y 3.

ciones hechas con título singular, aunque sea lucrativo, tal como el legado (1).

Conjungi tempora.—La simple lectura del texto puede inducir á error, pues que al parecer iguala absolutamente la continuacion de la posesion que procede de título singular, á la que viene de la herencia. Esto no es cierto, porque en tanto continúa el sucesor singular la prescripcion comenzada en el que le traspasó la cosa, en cuanto ambos tengan buena fé (2). Pero como el poseedor en virtud de título singular no reemplaza á la persona de quien hubo la cosa, de aquí es que puede empezar por sí mismo una nueva prescripcion cuando tiene buena fé, sin que le perjudique la mala de su antecesor; por la misma razon que no le aprovecha la buena de este cuando él la tiene mala.

14 Edicto divi Marci cavetur, eum, qui à fisco rem alienam emit, si *post venditionem quinquennium* præterierit, posse dominum rei per exceptionem repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis benè prospexit his, qui à fisco per venditionem vel donationem vel alium titulum aliquid accipiunt, ut ipsi quidem securi statim fiant, et victores existant, sive conveniantur, sive experiantur; adversus sacratissimum autem ærarium usque ad quadriennium liceat intendere his, qui pro dominio vel hypothecâ earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones (*a*). Nostra autem divina constitutio, quam nupèr promulgavimus (*b*), etiam de his, qui à nostrâ vel venerabilis augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis continentur.

Un edicto del Emperador Marco estableció que el que hubiere comprado una cosa del fisco, pudiera á los cinco años despues de la venta rechazar por medio de una excepcion al dueño de la cosa que demandase. Pero una constitucion del Emperador Zenon, de gloriosa memoria, garantizó á aquellos que reciben alguna cosa del fisco por venta, donacion ú otro título, de modo que desde luego quedaran asegurados y salieran siempre vencedores, ó bien demandaran, ó bien fueran demandados. Por lo que toca á aquellos que creen tener algunas acciones por razon de dominio ó de hipoteca sobre las cosas enajenadas por el tesoro imperial, les concedió cuatro años para intentarlas (*a*). Mas una constitucion que últimamente hemos promulgado (*b*), extiende á los que hubiesen recibido alguna cosa de nuestra casa ó de la augusta Emperatriz, las disposiciones que acerca de las enajenaciones del fisco comprende la referida constitucion del Emperador Zenon. 14

(1) §. 1 de la ley 14, tít. III, lib. XLI del Dig.
(2) §. 13 de la ley 13, tít. II, lib. XLI del Dig.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con una constitucion del Emperador Zenon. (Ley 2, tit. XXXVII, libro VII del Cód.)
(*b*) Esta es la ley 3 del tít. XXXVII, lib. VII del Cód.

Comentario.

Post venditionem quinquennium.—Una constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano (1), en la que se habla del edicto de Marco Aurelio, al que se refiere el texto, no hace distincion de la adquisicion hecha con buena ó con mala fé: esto me induce á creer que el texto debe entenderse de las adquisiciones habidas del fisco con mala fé por parte del poseedor, pues si se refiriera á las hechas con buena fé, seria peor la condicion del que compraba al fisco que la del que lo hacia á un particular, porque este podia adquirir por la posesion de uno ó de dos años.

Explicados los textos de este título, tengo aun que añadir algo para completar sus omisiones. La prescripcion de diez y de veinte años, de que he hablado, es la ordinaria: hay además otra extraordinaria de un plazo mayor, *longissimi temporis:* esta es ya de treinta, ya de cuarenta años. Es de treinta años para el sucesor en la cosa, en cuya adquisicion faltó á su causante buena fé ó justo título, ó que por ser hurtada, robada ó invadida resistia la prescripcion ordinaria (2). La prescripcion de cuarenta años tenia lugar en los bienes fiscales, en los del patrimonio de los príncipes, en los de los pueblos y en los de las iglesias (3).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Algunos de nuestros intérpretes, queriendo dar al derecho canónico una extension y aplicacion que no tiene, sostienen que la buena fé se requiere durante todo el tiempo de la prescripcion. Esta doctrina se opone al tenor expreso de una ley de Partida (4) que la exige solo al principio, conformándose en este, como en los demás puntos de la prescripcion (5), con las leyes romanas, y se-

(1) Ley 3, tít. XXXVII, lib. II del Cód.
(2) §. 1 de la ley 8, tít. XXXIX, lib.VII del Cód.
(3) Ley 14, tít. XLI, lib. XI del Cód.
(4) Ley 12, tít. XXIX, Part. III.
(5) Título II, Part. III; y tít. VIII, lib. XI de la Nov.

parándose solo en exigir la buena fé en el sucesor universal (1), del mismo modo que se ha visto que la requiere Justiniano en el singular.

Debo hacer presente en este lugar, que despues de la publicacion de la Ley hipotecaria, para que la prescripcion pueda perjudicar á tercero, es necesario que, requiriendo justo título, se halle este inscrito en el registro (2).

TITULUS VII.

De donationibus.

TITULO VII.

De las donaciones.

La donacion, *quasi doni datio*, como dice Paulo (3), es *el acto de liberalidad en virtud del cual el dueño de una cosa trasfiere sin coaccion alguna su propiedad á otro que la acepta.* El que da es designado con el nombre de donante, *donans*, *donator*, y con el de donatario el que recibe. La primera de estas nomenclaturas es auténtica, es romana; la segunda ha sido introducida por los intérpretes; pues los antiguos para expresar la persona que recibia, se valian de una perífrasis: *is cui donatum est.*

El haber colocado Justiniano en este lugar la donacion ha promovido investigaciones acerca de si era título ó modo de adquirir, y, en el último supuesto, si debia computarse entre los modos naturales ó entre los civiles de constituir el dominio. Aunque creo que el método del Emperador es injustificable en un tiempo en que el pacto de donacion producia efectos jurídicos, miro esta colocacion como íntimamente enlazada con la historia. En el derecho primitivo la donacion comprendia implícitamente la traslacion del dominio de la cosa: la significacion legal de la palabra estaba ajustada á su sentido etimológico *dono dare*, esto es, *trasferir á otro gratuitamente la propiedad:* la donacion era entonces por sí misma un acto consumado, y bajo este supuesto en ella se confundia el título con el modo de adquirir, existiendo ambos simultáneamente. Pero no por eso podía decirse que la traslacion del dominio se verificara de modo diferente que en los demás casos, porque la tradicion debia intervenir, aunque se fundaba en una causa particular. Sin la entrega no habia donacion, porque las leyes no le daban fuerza coactiva; de consiguiente el título por sí mismo, cuando no estaba acompañado del modo, nada significaba: hé aquí como vino á formarse la idea de que la donacion era modo de adquirir. Pero posteriormente la donacion fué colocada en el número de los pactos legítimos, es decir, entre aquellas convenciones, que, careciendo

---

(1) Ley 16, tít. XXIX, Part. III.
(2) Artículo 35 de la Ley hipotecaria.
(3) §. de la ley 35, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.

originariamente de una accion eficaz, en cuya virtud pudiera ser reclamado su cumplimiento, la obtuvieron de los Emperadores como por excepcion ó privilegio. Por esto he dicho que no es defendible la colocacion que Justiniano da á las donaciones; por esto tambien el ilustre Savigny la trata de exclusiva y arbitraria. Esto es por lo que concierne á la donacion *inter vivos*: la llamada *mortis causâ* está aun mucho mas fuera de su lugar.

Est etiam aliud *genus acquisitionis*, donatio (*a*). Donationum autem duo genera sunt: mortis causâ, et non mortis causâ (*b*).

Existe otra clase de adquisicion, que es la donacion (*a*). Hay dos clases de donacion: una que se hace por causa de muerte, y otra sin ella (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Pomponio. (§. 3, ley 9, tít. V, lib. XXXIX del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 67, tít. XVI, lib. L del Dig.)

Comentario.

Genus acquisitionis.—Estas palabras no guardan conformidad con el derecho de la época de Justiniano, segun queda antes manifestado.

1 Mortis causâ donatio est, quæ *propter mortis fit suspicionem*: cum *quis ita donat*, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; *sin autem supervixisset*, qui donavit, reciperet (*a*), vel *si eum donationis pœnituisset* (*b*), aut *prior decesserit* is, cui donatum sit (*c*). Hæ mortis causâ donationes ad exemplum legatorum *redactæ sunt per omnia* (*d*). Nam, cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causæ quædam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant; à nobis constitutum est, ut *per omnia ferè legatis connumeretur*, et sic procedat, quemadmodum eam nostra formavit constitutio (*e*). Et in summâ mortis donatio, est, cum magis se quis velit habere, quàm eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quám hæredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piræo (*f*):

La donacion por causa de muerte es la que se hace con la consideracion de la muerte, como cuando alguno da con ánimo de que, si sucumbe en un peligro, corresponda la cosa al que la recibe, y que vuelva á él si sobrevive (*a*), ó si se arrepiente de la donacion (*b*), ó si el donatario muere antes que él (*c*). A estas donaciones por razon de muerte se ha dado una total semejanza con las mandas (*d*); porque dudándose por los jurisconsultos si debian ser asimiladas á estas ó á las donaciones, teniendo caractéres de una y otra cosa, y estando divididas las opiniones, establecimos por una constitucion que fueran contadas casi en todo entre las mandas, observándose en ellas las formas que señalamos (*e*). Hay, pues, donacion por causa de muerte, cuando el donante quiere tener la cosa con preferencia al donatario, y que la tenga el donatario con preferencia al heredero. Así leemos en Homero que Telémaco dona á Pireo (*f*): 1

Πειραὶ (οὐ γὰρ τ' ἴδμεν, ὅπως ἔσται τάδε ἔργα);
Εἴ κεν ἐμέ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρη κτείναντες, πατρώϊα πάντα δάσωνται,
Αὐτὸν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε.
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

«*Pireo; ya que no sabemos cuál será el éxito de la empresa, si soberbios pretendientes se reparten todos los bienes de mi padre, despues de haberme asesinado en mi palacio, yo te prefiero para que guardes y disfrutes estos dones. Mas si siembro el terror y la muerte entre ellos; entonces tendrás el placer de correr á devolverlos á tu señor triunfante.*»

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (§. 3, ley 36, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.)
(*b*) Conforme con Juliano. (Ley, 16, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.)
(*c*) Conforme con Africano. (Ley 23, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.)
(*d*) Conforme con Juliano (Ley 17, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.)
(*e*) Esta constitucion es la ley 4, tít. LV, lib. VIII del Cód.
(*f*) Tomado de Marciano. (Ley 1, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.)

Comentario.

Propter mortis suspicionem.—En consideracion á la muerte, bien se haga la donacion en un peligro inminente, ó bien fuera de él, con tal que fije el donante sus efectos para el tiempo en que deje de existir, como cuando va á emprender un viaje, ó teme los efectos de una navegacion, de una guerra, de una epidemia, ó piensa en la irresistible accion del tiempo en su ancianidad (1). Así es que esta donacion depende siempre de la muerte, y puede decirse bajo este aspecto que es condicional. Las palabras del texto que interpreto, no pueden separarse de todo el período en que se hallan, si han de ser bien comprendidas: tomadas aisladamente, inducirian al error de comprender como donaciones *mortis causá*, á algunas que en realidad son *inter vivos*. Así dice una ley del Digesto (2), que si alguno, preocupado con la idea de la muerte, da á otro de un modo irrevocable alguna cosa, se entiende que hace una donacion *inter vivos*, porque la causa mas fuerte que le impele es ejercer su liberalidad.

Quis.—Pueden hacer donaciones por causa de muerte los que tienen derecho de otorgar testamento y codicilos (3), á todos los

(1) Leyes 2, 3, 4, 5 y 6, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.
(2) Ley 27, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.
(3) Ley 15, tít. VI, lib. XXXIX del Dig

que tienen capacidad legal para recibir en virtud de últimas voluntades (1).

Ita donat.—La donacion por causa de muerte puede hacerse ó entregando desde luego la cosa al donatario, ó difiriendo la entrega al tiempo de la muerte. En el primero de estos casos tiene implícita ó explícitamente una condicion resolutoria, porque de otro modo seria *inter vivos*. El ejemplo que Justiniano toma de Homero puede servir para la mas fácil inteligencia de esta materia. Telémaco quiere que Pireo conserve como propios los presentes que le habia hecho Menelao, solo en el caso de su muerte, es decir, que la donacion que le hace de presente lleva envuelta una condicion resolutoria, esto es, una condicion que produce su disolucion, dejando las cocas en su primitivo estado. Mas si en lugar de decir Telémaco á Pireo que le devolviera los dones en el caso de no verificarse su muerte, se los diera desde luego de un modo irrevocable, seria una donacion entre vivos.

Cuando el donante difiere la entrega para el tiempo de la muerte, la donacion tiene una condicion suspensiva. Así, usando del mismo ejemplo, no dejaria de haber donacion por causa de muerte aun cuando Telémaco no diera en el acto los presentes á Pireo, si le dijese que se los daba en el caso de que fuera asesinado.

Quede, pues, sentada la doctrina que explícitamente consagra el texto: la donacion por causa de muerte tiene lugar en todas aquellas ocasiones en que se dona, pero prefiriéndose la persona del donante á la del donatario, y la del donatario á la del heredero.

Los efectos de estos dos modos de donar son diferentes. La donacion con una condicion resolutoria requiere la tradicion, y traspasa la propiedad, si bien de un modo revocable: la hecha con una condicion suspensiva no da ningun derecho en el momento, pero, llegado el caso previsto de la muerte, trasfiere la propiedad sin ningun acto de tradicion, como sucede por regla general en las demás adquisiciones por última voluntad. Así, en el ejemplo del texto, que es el caso de una condicion resolutoria, Pireo adquirió el dominio, pero volvieron las cosas á su primitivo estado por sobrevivir Telémaco al peligro que temia; mas si hubiese muerto en él, el dominio de Pireo de revocable se hubiera convertido en irrevocable. Por el contrario, en el caso de una condicion suspensiva nada hubiera adquirido Pireo, sino solo cuando llegara á cumplirse el presentimiento que tenia Telémaco de su muerte.

---

(1) Ley 9, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.

Sin autem supervixisset.—Tres hechos pone aquí el Emperador, en virtud de los cuales quedan sin efecto las donaciones por causa de muerte: el salir el donante salvo del peligro que le indujo á donar, la revocacion, y la muerte del donatario acaecida antes que la de aquel que donó. El primero de estos casos no necesita mas ampliaciones: implícitamente he manifestado lo que basta á ilustrarla al considerar en toda donacion por causa de muerte una condicion suspensiva ó resolutoria, pues mediando la primera es claro que, por faltar la circunstancia de que depende, deja de tener efecto la donacion; y si interviene la condicion resolutoria, da por consecuencia que se restituyan las cosas al estado que tenian primitivamente.

Si eum donationis pœnituisset.—Como principio general, debo decir que las donaciones de que se trata son revocables hasta la muerte: esta facultad del donante puede, sin embargo, limitarse por una convencion (1), si bien entonces vendrá á ser en rigor una donacion entre vivos. No es necesario que la revocacion se haga expresamente, porque hay algunos hechos que la inducen; tales son, si el donante da á otro la misma cosa (2), si la enajena sin necesidad (3), y por último, si hace en ella un cambio que varíe su naturaleza (4).

Prior decesserit.—Porque el donante solo da preferencia sobre su heredero al donatario, pero no á los herederos de este.

Redactæ sunt per omnia.—Habla el Emperador en términos demasiado absolutos en este lugar, y seria preciso rectificarlos si él mismo no lo hiciera poco despues cuando dice: *per omnia ferè legatis connumeretur.*

Per omnia ferè legatis connumeretur.—Entre las donaciones por causa de muerte y las mandas hay muchos puntos de semejanza: así es que tanto unas como otras requieren para su validez cinco testigos (5); que son revocables hasta la muerte del que las hace; que pueden constituirse por las mismas y á favor de iguales personas (6), que se perfeccionan por la muerte del testador ó del donatario; que es dominio de las cosas se trasfiere por el mero hecho de la muerte, sin necesidad de que intervenga ningun acto de tradicion; que producen las mismas acciones; que son válidas entre los cónyuges; que no-

---

(1) §. 1 de la ley 3, y §. 4 de la ley 35, tit. VI, lib. XXXIX del Dig.
(2) Ley 18, tit. IV, lib. XXXIV del Dig.
(3) §. 12, tít. XX de este libro de las Inst.
(4) §. 2 de la ley 88, título único del libro XXXII del Dig.
(5) Ley 4, tít. LVII, lib. VIII del Cód.
(6) Leyes 9, 15 y 35, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.

requieren la insinuacion, de que hablaré al tratar de las donaciones entre vivos que pasan de quinientos sólidos (1); y por último que en ellas tiene lugar la facultad de sustituir, el derecho de acrecer, y la deduccion de la cuarta falcidia (2).

Pero hay tambien entre las donaciones por causa de muerte y las mandas, notables puntos de semejanza. Tales son que las primeras requieren la aceptacion del donatario en vida del donante (3), doctrina combatida por algunos infundadamente, en mi opinion, y que basta solo la voluntad del testador en las segundas: que las donaciones surten pleno efecto á la muerte del testador (4) sin ninguna dependencia, como las mandas, de la adicion de la herencia, ó de la validez, nulidad ó rescision del testamento; que se atiende en ellas solo á la capacidad legal del donatario para recibir al tiempo de la muerte (5), cuando en las mandas se considera tambien el del otorgamiento de la disposicion testamentaria ó codicilar; que no son aplicables á las donaciones las causas de exclusion de las mandas por hacerse indignas las personas á que se dejaron (6); y por último, que la donacion por causa de muerte que tiene por objeto una renta anual, es reputada como una sola donacion (7), cuando dejada por vía de manda una renta anual se reputa no una sino muchas mandas.

La mayor parte de las doctrinas que aquí quedan ligeramente indicadas encontrarán explicacion mas detenida al tratar de las herencias y de las mandas.

Antes de terminar este comentario, debo hablar de lo que el derecho romano llama *mortis causâ capio*, para evitar que se confunda con la donacion de que acabo de tratar. El jurisconsulto Marcelo (8) dice que en la *donacion mortis causâ* un individuo presente da á otro que tambien está presente, pero que se entiende que hay *mortis causâ capio* cuando lo que se da no puede atribuirse á donacion. La denominacion *mortis causâ capio*, se toma ya en un sentido lato, ó estricto. Latamente significa todo lo que se adquiere por la muerte de un individuo; en este sentido comprende las herencias, los fideicomisos, las mandas y las donaciones por causa de muerte: en su acepcion estricta se limita á las adquisi-

---

(1) Ley 4, tít. LVII, lib. VIII del Cód.
(2) §. 5, tít. L, lib. VI; y ley 2, tít. LVII, lib. VIII de Cód.
(3) Ley 38, tít. VI, lib. XXXIX, del Dig.
(4) Ley 32, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.
(5) Ley 22, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.
(6) §. 17 de la ley 5, tít. IX, lib. XXXIV del Dig.
(7) §. 7 de la ley 35, tít VI, lib. XXXIX del Dig.
(8) Ley 38, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.

ciones por consecuencia de muerte, que no tienen especial denominacion: puede servir de ejemplo lo que se recibe para repudiar una herencia con objeto de que recaiga ya en el sustituto, ya en el heredero legítimo (1), ó para admitirla (2), é igualmente lo que el legatario paga al heredero en virtud de la condicion que le ha puesto el testador.

2 Aliæ autem donationes sunt, quæ sine ullâ mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus. Quæ omnino non comparantur legatis; quæ, si fuerint perfectæ, *temerè revocari non possunt* (*a*). *Perficiuntur autem, cum donator* suam voluntatem *scriptis, aut sine scriptis* manifestaverit; et, ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori (*b*). Et cum retro principum dispositiones *insinuari* eas, actis intervenientibus, volebant, *si majores ducentorum* fuerant *solidorum*, nostra constitutio et quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare et sine insinuatione statuit; et quasdam donationes invenit, *quæ* penitùs *insinuationem* fieri *minimè desiderant*, sed in se plenissimam habent firmitatem. *Alia* insuper *multa* ad uberiorem exitum donationum *invenimus*, quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his posuimus, colligenda sunt (*c*). Sciendum tamen est, quod, etsi plenissimæ sunt donationes, tamen, si ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, *donatoribus* per nostram constitutionem licentiam præstavimus, *certis ex causis* eas revocare: ne, qui suas res in alios

Hay otras donaciones, que se hacen sin ninguna consideracion á la muerte, que llamamos donaciones entre vivos, y que no pueden compararse con las mandas; estas donaciones, cuando son perfectas, no pueden ser revocadas sin motivo (*a*). Se perfeccionan cuando el donante manifiesta su voluntad por escrito ó sin escrito. En una constitucion hemos establecido que, á ejemplo de la venta, lleven en sí mismas la necesidad de la tradicion, de modo que, aunque esta no intervenga, tengan perfecta y plenísima fuerza, é impongan al donante la necesidad de entregar lo donado (*b*). Las constituciones imperiales anteriores establecian que fuesen insinuadas por acta pública, cuando excediesen de doscientos sólidos, cantidad que nuestra constitucion ha aumentado hasta quinientos; de modo que hasta esta suma la insinuacion no sea necesaria. Hemos establecido tambien que ciertas donaciones no estén sujetas á la insinuacion, sino que por sí mismas tengan completísima firmeza. Hay otras muchas decisiones que nosotros hemos dado para proteger el efecto de las donaciones, y que se encuentran en nuestras constituciones sobre esta materia (*c*). Debe tenerse entendido que, á pesar de la irrevocabilidad de las donaciones, concedemos á los donantes, cuando 2

(1) §. inicial de la ley 8, tit. VI, lib. XXXIX del Dig.
(2) Ley 21 del mismo título y libro.

contulerunt, ab his quamdam patiantur injuriam vel jacturam, secundùm enumeratos in nostrâ constitutione modos (*d*).

los que las han recibido son ingratos, la facultad de revocarlas por ciertas causas, con el objeto de evitar que los que dieron á otro libremente sus bienes sufran en cambio injurias ó pérdidas, en los términos que hemos previsto en nuestra constitucion (*d*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con una constitucion del Emperador Filipo. (Ley 1, tít. LV, libro VIII del Cód.

(*b*) Esta constitucion es la ley 35, tít. LIII, lib. VIII del Código; y la doctrina del texto está en el §. 5.

(*c*) Alude á las leyes 33, 34, 35 y 36 del tít. LIII, lib. VIII del Cód.

(*d*) Esta constitucion es la ley 10, tít. LV, lib. VIII del Cód.

Comentario.

Temerè revocari non possunt.—Las donaciones *inter vivos* son irrevocables por su naturaleza: así es que, una vez hechas, no está en el arbitrio del donante retractarlas arbitrariamente. No deroga este principio lo que despues se dice acerca de las causas que pueden dar lugar á la revocacion por un hecho posterior y accidental.

Perficiuntur autem, cum donator.—Aqui se justifica lo que antes manifesté en el ingreso de este título acerca de la mala colocacion que le dió Justiniano. La donacion, como dice en este párrafo, es subsistente aunque no intervenga la tradicion, y produce accion eficaz del mismo modo que la compra y venta; es decir, que de pacto simple, que solo ligaba la conciencia y la buena fé del donante, vino á ser pacto legítimo que auxiliaba al donatario para que no quedase burlada la convencion: vése, pues, que la donacion es título, no modo de adquirir. Mas al decir el texto que con la manifestacion de la voluntad se perfecciona la donacion, no quiere significar que solo por ella se traspasa el dominio de la cosa donada, pues que al efecto en este pacto, del mismo modo que en todos los contratos, la tradicion es indispensable: el pacto nos dará el derecho *á la cosa*, esto es, la facultad legal de reclamarla de la persona que nos está obligada, no el derecho *en la cosa*, es decir, la potestad legal de pedirla á cualquiera en cuyo poder se halle. Con razon, pues, desecha Vinnio la opinion de algunos autores, segun la cual, transfiriéndose por el mero pacto de donacion el dominio de la cosa, compete al donatario desde luego la accion real sin necesidad de la tradicion. El ejemplo de la compra y venta que propone Justiniano, está perfectamente ajustado á la doctrina que expongo, porque si bien queda perfeccionada la venta tan

luego como se ha convenido acerca de la cosa y del precio, no se transfiere el dominio sino por la tradicion, con cuyo acto el contrato queda consumado.

Scriptis, aut sine scriptis.—Negada primitivamente, como he dicho, la fuerza coactiva á las donaciones que no estaban arregladas á las fórmulas de una estipulacion, á no ser cuando en el mismo acto mediaba la entrega; el uso y las constituciones imperiales en tiempo de Constantino empezaron á considerar como obligatorias aquellas de que constaba por escrito, segun aparece en el Código Teodosiano (1): lo cual Justiniano hizo tambien extensivo á las que se otorgaran sin escritura.

Insinuari.—Esto es, debian constar en las actas de los magistrados: las donaciones que excedian de la cantidad prevenida, sin que interviniera esta formalidad, no valian en cuanto al exceso.

Si majores ducentorum solidorum.—Primitivamente todos podian ejercer su liberalidad sin sujecion á límites ni condiciones. Con el objeto de refrenar los abusos, que luego se sintieron en un pueblo que tantos ejemplos de profusion ofrecia á cada paso, se publicó la ley Cincia, á que Plauto llamó *muneral*, en el año 549 de la fundacion de Roma, siendo tribuno de la plebe M. Cincio Alimento. Uno de sus capítulos prohibia donar mas de cierta suma desconocida hoy, si la donacion no era pública, ó remuneratoria, ó hecha á las personas enlazadas con los vínculos de la sangre. La suma á que hasta el tiempo de Justiniano se redujo la donacion, fué la de doscientos sólidos que este Emperador extendió primero á trescientos (2) y despues á quinientos.

Quæ insinuationem minime desiderant.—Tales son la donaciones para el rescate de los prisioneros (3), para reedificar casas arruinadas (4), las hechas al Emperador ó á la Emperatriz, y las que estos hacian (5). No me parece fundada la opinion de los que suponen que se encuentran en el mismo caso las donaciones remuneratorias.

Alia multa invenimus.—En mi concepto, estas palabras pueden referirse á algunos puntos, que, no fijados antes de Justiniano, lo fueron por él, mas bien que á las innovaciones radicales de que habla texto que comento. Así se comprende aquí la declaracion de que hechas á uno diferentes donaciones en distintos tiempos, no se estimasen las sumas conjunta, sino separadamente; la que de lo mismo se veri-

---

(1) Leyes 1, 2, 5 y 6; y §. 1 de ley 8, tít. XII, lib. XVIII.
(2) Ley 34, tít. LIII, lib. VIII del Cód.
(3) §. inicial de la ley 36, tít. LIV, lib. VIII del Cód.
(4) §. 2 de la misma ley.
(5) Capítulo 2 de la nov. 52.

ficase respecto á las pensiones anuales, durante la vida del donante ó donatario (1), y la de desechar algunas fórmulas antiguas, que mediaban antes en las donaciones, y que las reformas generales del derecho hacian ociosas (2).

Donatoribus.—Aun en los casos en que sea la donacion revocable por ingratitud, esta facultad es personal, como lo es la injuria de que proviene. No compete por lo tanto al heredero, ni contra el heredero ni contra un tercer poseedor (3). La revocacion nunca debe dañar á este (4).

Certis ex causis.—Una constitucion de Justiniano (5) enumera como justas causas para la revocacion de las donaciones, las injurias graves, los malos tratamientos de obra, los perjuicios ocasionados á la fortuna, los atentados á la vida del donante, y la falta de cumplimiento de las condiciones del pacto.

Inadmisible me parece la opinion de los intérpretes que fundándose en una ley (6), que se refiere especialmente á las relaciones particulares de los libertos y patronos, quieren deducir de ella una regla general en virtud de la que sea revocable la donacion por la supervenencia de prole.

3 Est et aliud genus inter vivos donationum, quod *veteribus* quidèm prudentibus penitùs *erat incognitum*, posteà autem à junioribus divis principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum: ideòque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et *nusquàm post nuptias celebratas* talis donatio procedebat. Sed primus quidèm divus *Justinus*, *pater noster*, cum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenerit, etiam ante nuptias donationem augeri et constante matrimoniô suâ constitutione permissit (*a*); sed

Hay otro género de donacion entre vivos, desconocida enteramente por los antiguos jurisconsultos é introducida por Emperadores modernos: esta es la donacion, que se llamaba *ante nuptias*, y tenia implícita la condicion de que fuera válida cuando siguiese el matrimonio. Se llamaba *ante nuptias*, porque precedia al matrimonio, y nunca tenia lugar despues de su celebracion. Mas como estaba permitido aumentar la dote aun despues de celebrado el matrimonio, el Emperador Justino, nuestro padre, permitió por primera vez en una constitucion (*a*) que la donacion *ante nuptias* pudiera aumentarse contraido ya el matrimonio: le quedó sin 3

(1) §§. 3 y 4, tít. LIII, lib. VIII del Cód.
(2) Ley 36, tít. LIII, lib. VIII del Cód.
(3) Ley 10, tít. LVI, lib. VIII del Cód.
(4) Ley 7, tít. LVI, lib. VIII del Cód.
(5) Ley 8, tít. LVI, lib. VIII del Cód.
(6) Ley 8, tít. LVI, lib. VIII del Cód.

tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidèm vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos, plenisimo fini tradere sanctiones cupientes, et consecuentia nomina rebus esse studentes; constituimus (*b*), ut tales donationes non augeantur tantùm, sed et constante matrimoniò initium accipiant, et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur, et *dotibus in hoc exæquentur*, ut, quemadmodùm dotes et constante matrimoniô nòn solum augentur, sed etiam fiunt, ità et istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solùm antecedant matrimonium, sed etiam eô contractô et augeantur et constituantur.

embargo un nombre impropio, pues que se llamaba *ante nuptias*, cuando podia tener aumento despues de celebrado el matrimonio. Pero nosotros, queriendo llevar á completa perfeccion las disposiciones legislativas, y que los nombres guarden analogía con las cosas, hemos establecido (*b*) que estas donaciones no solamente puedan aumentarse, sino tambien tener su orígen durante el matrimonio; que no se llamen *ante nuptias* sino *propter nuptias*: que sean igualadas á las dotes; y que, á su imitacion, no solamente se aumenten, sino que se constituyan durante la union conyugal. Así, estas donaciones, que se han introducido por razon del matrimonio, no solo pueden precederlo, sino tambien ser aumentadas y aun constituidas de nuevo despues de contraido.

ORIGENES.

(*a*) Esta constitucion es la ley 19 del tít. III. lib. V del Cód.
(*b*) Alude á su constitucion, que es la ley 20 del tít. III, lib. V del Cód.

Comentario.

Antes de comenzar este comentario, creo conveniente emitir algunas doctrinas acerca de las donaciones entre marido y mujer, y de las dotes, con las cuales están ligados íntimamente los principios del texto.

Cuando la mujer por uno de los modos solemnes, que en su lugar expuse, pasaba á la potestad del marido, *conveniebat in manum viri*, como entonces se refundia su personalidad en la del jefe de la familia, es claro que no podia existir donacion entre ellos, porque ambos representaban una persona jurídica, y la donacion requeria la concurrencia de dos voluntades. Así es que la prohibicion de las donaciones entre los cónyuges, solo pudo referirse primitivamente á los matrimonios en que por falta del vínculo de potestad, cada uno de aquellos tenia una personalidad diferente.

Las donaciones simples fueron prohibidas entre los cónyuges por una costumbre antigua, que despues pasó á ser derecho escrito. Ul-

piano (1) funda esta prohibicion en la conveniencia de que por su mútuo amor no se despojen de los bienes, y cita las palabras del Emperador Antonino Caracalla, que alega por razon la buena fama de los matrimonios, de suerte que no parezca que la concordia se compra con donativos, y la utilidad de evitar que el cónyuge mas desprendido venga á pobreza, al mismo tiempo que el otro se haga mas rico. Paulo (2) añade como causa la que dió Sexto Cecilio, á saber: que podia introducirse un gérmen de corrupcion, de venalidad y de disturbios en los matrimonios. Primitivamente la prohibicion era absoluta, y nulo cuanto se hacia en su contravencion (3): este rigor se mitigó despues, estableciendose que el cónyuge donante pudiera revocar la donacion cuando quisiera; pero que si no lo efectuaba, se considerase válida; porque parecia demasiado duro y no exento de avaricia en el heredero, revocar lo que su causante habia respetado hasta la muerte. (4) Este principio se desenvuelve por las leyes, estableciendo que si el cónyuge donante muere antes que el donatario sin revocar la donacion (5), esta subsista; pero por el contrario sea nula sin necesidad de revocacion cuando el donatario muere antes del donante (6); y por último, que cuando ambos mueren á un mismo tiempo, como en un naufragio, en una ruina, ó en un incendio, la donacion subsista (7).

Hay algunas donaciones entre marido y mujer que son válidas desde el principio: tales como las que no empobrecen al donante, ó no hacen mas rico al donatario, por ejemplo, concediéndose terreno para una sepultura, ó para erigir un templo, puesto que estos lugares, por la dedicacion ó por la inhumacion del cadáver, quedaban exentos del comercio, y de consiguiente no podian enriquecer á aquel á quien se cedian (8): las que refluyen en utilidad doméstica de la casa comun (9): las que tienen por objeto la adquisicion de una dignidad (10): las que consisten en cosas de poco valor (11): las que se hacen para la reparacion ó reconstruccion de un edificio (12), pero no

---

(1) Ley 1, y §. inicial de la ley 3, tit. I, lib. XXIV del Dig.
(2) Ley 2, tit. I, lib. XXIV del Dig.
(3) §. 10 de la ley 3, tit. I, lib. XXIV del Dig.
(4) §. 2 de la ley 32, tit. I, lib. XXIV del Dig.
(5) §. 13 de la ley 32, tit. I, lib. XXIV del Dig.
(6) §. 3 citado; y ley 6, tit. XVI, lib. V del Cód.
(7) §. 14 de la ley 32, tit. I, lib. XXIV del Dig.
(8) §§. 8 y 12 de la ley 5, tit. I, lib. XXIV del Dig.
(9) § 10 de la ley 3 del mismo título y libro.
(10) Leyes 40 y 42.
(11) §. 8 de la ley 3.
(12) Ley 14.

para levantar el que antes no existia (1): las otorgadas por motivo de divorcio (2); y las que mútuamente se hacian el Emperador y la Emperatriz (3).

Paso á tratar de las dotes: establecidas estas originariamente para que las mujeres no quedasen excluidas de la herencia paterna, de la que no participaban en los casos en que, por una de las fórmulas solemnes que en otro lugar quedan manifestadas, entraban en la potestad y familia del marido, eran muy favorecidas por el derecho, especialmente desde la época de Augusto, que por tantos medios trató de fomentar el matrimonio: así es que se reputaba como interesante á la república que estuvieran las mujeres dotadas, para que de este modo se casarán mas fácilmente (4).

La dote, llamada tambien *res uxoria* (5), es *todo lo que la mujer, ú otro en su nombre, transfiere al marido para ayudar á soportar las cargas del matrimonio*. Su constitucion supone la existencia de un matrimonio válido, como se ha visto en el Libro primero de estas Instituciones (6.) Todo lo que puede aumentar los bienes del marido, bien sea corporal ó incorporal, es objeto de la dote, y por lo tanto lo son no solo los derechos *en* la cosa (7), sino tambien su renuncia (8), un crédito contra un tercero (9), la renuncia del que hay contra el marido (10), y la cesion á favor de este de un derecho deferido (11).

La dote puede ser profecticia ó adventicia. Es *profecticia* la que directa ó indirectamente proviene del padre ó del abuelo paterno de la mujer, bien la haya constituido él ú otro en su nombre, ya esté ó no en potestad la hija ó nieta á que se dé, pues que no se considera esto como emanacion del poder paterno (12). La dote que no se compone de bienes dados por un ascendiente paterno es *adventicia*, bien sea formada de la fortuna particular de la mujer (13), ó dada por la madre, por los ascendientes maternos, ó un extraño (14). La diferencia principal de estas dotes consiste en los efectos distintos que produ-

---

(1) §. 2 de la ley 13.
(2) §. 11 de la ley 11.
(3) Ley 26, tít. XVI, lib. V del Cód.
(4) Ley 2, tít. III, lib. XXIII del Dig.
(5) §. 29 del tít. VI, lib. IV de las Inst.
(6) §. 2 del tít. X.
(7) §. 2 de la ley 7, tít. III, lib. XXIII del Dig.
(8) Ley 57, tít. III, lib. XXIII del Dig.
(9) Ley 2, tít. X, lib. IV del Cód.
(10) §. inicial de la ley 43, tít. III, lib. XXIII del Dig.
(11) §. 3 de la ley 14, tít. V, lib. XXIII del Dig.
(12) §. inicial y siguientes hasta el 8 de la ley 5, tít. III, lib. XXIII del Dig.
(13) §. 11 de la ley 8 citada.
(14) §§. 9 y 14 de la misma ley 5.

con respecto á su restitucion, de que hablaré oportunamente al comentar el texto inicial del título siguiente, en cuyo lugar expondré tambien la doctrina acerca de su dominio.

Todos los que tienen la libre disposicion de sus bienes pueden constituir dote, y por regla general ninguno puede ser compelido á hacerlo contra su voluntad. Exceptúanse solo el padre y el abuelo paterno, los cuales, aunque no quieran, han de dotar á sus hijas y nietas en proporcion á su fortuna (1), á no ser que tengan estas bienes propios. La obligacion de dotar alcanza alguna vez á la madre en virtud de graves causas (2): por ejemplo, si no fuese ortodoxa y por el contrario lo fuese su hija, lo que estableció Justiniano, segun él mismo dice, para evitar que los hijos fueran defraudados de esperanzas legítimas por consecuencia del ódio que, por seguir la creencia verdadera, tuvieran contra ellos sus padres (3). El uso comun de los intérpretes denomina dote *necesaria* la que proviene de alguno obligado á constituirla, y *voluntaria* la que depende de la voluntad del otorgante.

La dote es además *estimada* ó *inestimada*. Toda dote que no consiste en metálico, puede ser valuada al tiempo de constituirse, y entonces el marido es considerado como comprador de los bienes en que consiste, y deudor del precio al tiempo de la disolucion del matrimonio, si bien conservando el derecho de dar la misma cosa, ó en su lugar la estimacion hecha: á esto se denomina *dote estimada con estimacion que causa venta (dos venditionis causâ æstimata)*. Mas puede hacerse tambien la tasacion solo con el objeto de que se sepa á cuánto asciende la dote: *dos taxationis causâ æstimata*.

Siguiendo la dote la condicion de las donaciones entre vivos, primitivamente se constituia por la entrega de las cosas de que constaba, la cual debia hacerse al marido antes de la celebracion del matrimonio: cuando no mediaba la entrega, no producia una obligacion eficaz, á no ser que interviniese una verdadera estipulacion. De estos dos diferentes modos de constituirse la dote provenia la nomenclatura de *dos data* y *dos promissa*: pero á ellos, que eran comunes á las demás donaciones, se agregaba otro especial, llamado *dictio dotis*, esto es, una promesa de dote hecha con palabras solemnes, pero sin que interviniera la pregunta y la respuesta esenciales para la estipulacion, y sin que la aceptacion fuera necesaria; doctrina en que sigo á Cujas, Heineccio, Hugo y Mackeldey, aunque no es admitida por otros intér-

---

(1) Ley 19, tit. II, lib. XXXIII del Dig.
(2) Ley 14, tit. XII, lib. V del Cód.
(3) §. 1 de la ley 19, tit. V, lib. I del Cód.

pretes. Ulpiano (1) resume estas diferentes clases de dote en las palabras: *dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*. Los Emperadores Teodosio y Valentiniano (2) establecieron que la convencion de dote, de cualquier modo que estuviera hecha, fuese obligatoria, derogando así los antiguos principios de la promesa y la diccion de dote; mas esto en nada varió los caracteres que el derecho antiguo daba á la entrega de la dote, que siempre subsistió como principal modo de constituirla. Además de estos modos se constituye tambien la dote por última voluntad, ó bien dejando en tal concepto alguna cosa á la mujer, que estará obligada á darla al marido, ó cuando se le deja directamente á este como dotal (3). Observa con razon Mackeldey, siguiendo á otros autores, que no se presume la constitucion de dote, y que por lo tanto el que atribuye á una cosa la calidad de dotal, está en el caso de probarlo. Solo me resta advertir en este lugar que la dote no solo podia constituirse durante el matrimonio, sino tambien despues de su celebracion, doctrina conforme con las opiniones de los antiguos jurisconsultos (4).

Hechas estas explicaciones preliminares, y dejando para mas adelante otras que completen la teoría del sistema dotal, explicaré el texto que precede.

Veteribus erat incognitum.—No quiere esto decir que era desconocida entre los antiguos toda clase de donacion entre los esposos prometidos, sino solo la que se llamaba donacion *ante nuptias* de que habla este texto, la cual tuvo su nacimiento despues de trasladada á Oriente la silla imperial. Antes de la celebracion del matrimonio las donaciones no estaban prohibidas, y podian por medio de ellas los cónyuges prometidos darse muestras de efecto y de liberalidad (5). Primitivamente se reputaron como simples estas donaciones llamadas *sponsalitiæ largitates*, pero despues por una constitucion de Constantino (6) se entendia que tácitamente llevaban la condicion de la celebracion del matrimonio; y con razon, porque es de presumir que sin la esperanza de él no hubieran existido. Pero esta doctrina no es absoluta, porque la repeticion solo debia tener lugar cuando por causa del donatario no se realizara el matrimonio; mas ocurriendo antes de este la muerte de uno de los cónyuges, si era la mujer la que hizo la donacion debia devolverse, pero si era el varon, solo se verificaba la devolu-

---

(1) §. 1, tit. VI de sus Reglas.
(2) Ley 6, tít. XI, lib. V del Cód.
(3) § 1 de la ley 48, tit. III, lib. XXXIII del Dig.
(4) §. 1, tít. XXI, lib. II de las Sentencias de Paulo.
(5) § inicial de la ley 5, y ley 27, tit. I, lib XXIV del Dig.
(6) Ley 15, tit. III, lib. V del Cód.

cion no habiendo mediado ósculo, pues en otro caso adquiria irrevocablemente la mujer la mitad de lo donado (1).

Nusquàm post nuptias celebratas.—Antiguamente la donacion en este caso era nula por la regla general, que no las permitia entre los cónyuges mientras subsistia el matrimonio.

Justinus, pater noster.—Justiniano era hijo adoptivo de su tio Justino.

Dotibus in hoc exæquentur.—A las doctrinas que acerca de la donacion *propter nuptias* contiene el texto, debo añadir algunas otras que completen lo que es indispensable para el conocimiento elemental de esta parte del derecho. El objeto de la donacion debia ser, segun creo, soportar las cargas del matrimonio, porque el marido estaba obligado á satisfacerlas con sus bienes cuando no era suficiente la dote: los escritores modernos han tratado de explicarlo, pero no han sido demasiado afortunados en sus investigaciones. La opinion de Frauke es que tenia por objeto asegurar á la mujer los daños é intereses en el caso de que por la mala conducta del marido se viera en necesidad de divorciarse, así como el marido podia hacer retenciones sobre la dote en caso que la mala conducta de la mujer provocase el divorcio: opinion que me parece mas probable. Los bienes en que consistia la donacion *propter nuptias*, podian provenir del mismo marido, de su padre, ó de un tercero.

Limitándome á las disposiciones vigentes por el derecho de Justiniano, advertiré que la cantidad de la donacion habia de ser la misma que la que estuviera asegurada al marido en el caso de prévio fallecimiento de su mujer, debiéndose aumentar en la misma proporion que la dote (3).

El marido durante el matrimonio continúa siendo dueño de los bienes dados en *donacion propter nuptias* (4), opinion impugnada por algunos, pero sin suficiente fundamento en mi dictámen. Por lo tanto él la administra y percibe sus frutos, que debe emplear en beneficio del matrimonio; pero no puede enajenar ni hipotecar los bienes en que consiste, aunque sea con consentimiento de la mujer, á no ser que esta lo renueve despues de pasados dos años. Con el objeto de garantir los derechos de la mujer, la ley le concede una hipoteca legal, aunque no privilegiada, sobre todos los bienes del marido. Mas en el caso que este llegue á la indigencia, la mujer puede exigir

(1) Ley 16 del título y libro citados.
(2) Leyes 19 y 20, títulos III y IX, y tít. XIV, lib. V del Cód.
(3) Capítulo 20 de la nov. 22; capítulos 1 y 2 de la nov. 97, y cap. 2 de la 98.
(4) Capítulo 1 de la nov. 61.

la donacion, que ni le es lícito enajenar, ni emplear mas que en sostener las cargas del matrimonio (1).

Disuelto el matrimonio por muerte de la mujer, cesa la donacion *propter nuptias*, y no tienen sus herederos derecho á hacer reclamaciones; pero muerto antes el marido, la mujer adquiere los bienes donados de este modo, plena y absolutamente si no quedan hijos (2), y solo el usufructo si los hay (3).

En el caso de divorcio por culpa del marido, la mujer adquiere la donacion *propter nuptias*, del mismo modo que aquel adquiere la dote, cuando ella ha dado lugar á la disolucion del vínculo: de suerte que en uno y otro caso el culpable adquiere respectivamente la donacion (4).

De lo dicho pueden inferirse los muchos puntos de contacto que hay entre la dote y la donacion *propter nuptias*, que podrán conocerse mas de lleno cuando se complete la doctrina de dotes.

4 Erat olim et *alius modus civilis* acquisitionis, per jus accrescendi, quod est tale: si communem servum habens aliquis cum Titiò solus libertatem ei imposuit, vel *vindictà*, *vel testamentò*, eò casu pars ejus amittebatur, et socio accrescebat (*a*). Sed cum pessimum fuerat exemplo, et libertate servum defraudari et ex eâ humanioribus quidèm dominis damnum inferri, severioribus autem lucrum accrescere: hoc, quasi invidiæ plenum, piò remediò *per nostram constitutionem* mederi necessarium duximus; et invenimus viam, per quam et manumissor, et socius ejus, et qui libertatem accepit, nostrô fruantur beneficiô, libertate cum effectu procedente (cujus favore et antiquos legislatores multa et *contra communes regulas* statuisse manifestissimum est), et eô, qui eam imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente, et sociò indemni conservatô, pretiumque ser-

Otro modo habia de adquirir civilmente, á saber, el derecho de acrecer que se verificaba cuando alguno, teniendo un esclavo comun con Titio, le daba la libertad por la vindicta ó en testamento, pues entonces perdia su parte de dominio, que acrecia al condueño (*a*). Pero como era de muy mal ejemplo que el esclavo fuese defraudado de su libertad y que quedara sin efecto la voluntad de los señores mas humanos, al mismo tiempo que los mas duros reportaran lucro, una constitucion nuestra ha puesto piadoso remedio á resultado tan odioso, señalando un camino que sea útil á la vez al que manumite, al condueño y al que recibe la libertad: la libertad (por cuyo favor los antiguos legisladores derogaron algunas disposiciones establecidas por regla general) tendrá efecto desde luego; el que la dió gozará del beneficio de verla sostenida, y el condueño será 4

(1) Capítulo 1 de la nov. 6, y cap. tambien 1 de la 109.
(2) Capítulo 1 de la nov. 98.
(3) Capítulo 2 de la nov. 91.
(4) §§. 4 y 5 citados; y capítulos 8 y 9 de la nov. 117.

vi secundum partem dominii, *quod nos definivimus*, accipiente (*b*):

indemnizado del precio del esclavo en proporcion á la parte de su dominio, que le será satisfecha segun lo prefija nuestra constitucion (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 18, tít. I de sus reglas.)
(*b*) Esta es la ley I, tít. VII, lib. VII del Cód..

Comentario.

Alius modus civilis.—Este modo de adquirir, suprimido ya al formarse las Instituciones, como advierte el texto, está puesto aquí sin duda por su analogía con las donaciones.

Vindictâ, vel testamentô.—Para que el derecho de acrecer tuviera lugar, era necesario que se tratase de la libertad romana, esto es, de la dada de un modo solemne, mas si solo se trataba de la libertad latina ó dediticia, el acto de un condueño no producia efecto, y cada uno de ellos quedaba con su primitivo derecho (1).

Per nostram constitutionem.—La constitucion de Justiniano hace referencia á los diferentes modos de manumitir, porque en su época todos daban ya la libertad romana. Así se extendió por regla general lo que antes solo tenia lugar por privilegio, cuando los que militaban concedian la libertad al esclavo comun, el cual debia quedar manumitido si el manumitente satisfacia el precio de su parte al condueño (2).

Contra communes regulas.—Alúdese á las leyes que obligan en determinados casos á la expropiacion del esclavo, prévio su justo pago, y á las que mitigan su dura condicion, reglas que se separan del principio absoluto, en virtud del cual el propietario puede disponer como quiera de la cosa que le pertenece.

Quod nos definivimus.—Para evitar las cuestiones que acerca de valor de los esclavos pudieran suscitarse, fijó Justiniano (3) una tarifa atendidas las edades y los oficios.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Interesantes son las diferencias que introducen nuestras leyes en las doctrinas del título que precede, relativamente á las donaciones por razon de matrimonio, de las que principalmente debo hacerme cargo en este lugar.

(1) §. 18, tít. I de las reglas de Ulpiano.
(2) Ley 1, tít. VII, lib. VII del Cód.
(3) §. 5 de la ley 1, tít. VII, lib. VII del Cód.

Las que se hacen por causa de muerte ó entre vivos, á pesar de su semejanza (1) con las romanas, presentan tambien algunas discordancias que no debo omitir. Asi es, que desechada la antigua doctrina de una ley de Partida (2) que requeria cinco testigos para la validez de la donacion hecha por razon de muerte, prevaleció el principio de que debian constituirse con las mismas solemnidades que los testamentos ó codicilos en que se dejan, y que oportunamente se expondrán (3). Así sucede tambien que las donaciones entre vivos no son válidas cuando se extienden á todos los bienes, aunque sean solo los presentes (4), como tampoco lo son las otorgadas por los que tienen herederos forzosos en perjuicio de sus legítimas (5), doctrinas que modifican y dan precision á la disposicion de las Partidas (6) referente á la revocacion de las donaciones de todos los bienes ó de una gran parte de ellos, por la inesperada superveniencia de prole. Mas segun la nueva Ley Hipotecaria no son revocables las donaciones de bienes raices aun en los casos permitidos por las leyes, en perjuicio de tercero á no dejar de cumplir el donatario con las condiciones inscritas en el registro (7). Nuestras leyes requieren la aprobacion judicial en las donaciones entre vivos que exceden de quinientos maravedís de oro, á no ser hechas en beneficio del Estado, por motivo de religion, de piedad ó de beneficencia, ó por causa de dote (8). Los maravedís de oro, en el sentido de esta ley, son del peso de una sexta parte de onza.

Pocas correcciones hacen las leyes actualmente vigentes en España á las doctrinas de dotes que dejo expuestas, y que continuaré en el título siguiente. Reconociendo, como las romanas, la necesidad de dotar en el padre, en el abuelo y en el bisabuelo paterno, la extienden aun al caso de que la hija sea rica (9), y la imponen tambien á la madre que no es cristiana católica, en beneficio de su hija que lo es, lo que atendida nuestra nueva Constitucion me parece derogado. Pero la obligacion impuesta al abuelo y al bisabuelo paterno ha cesado por no tener ya estos pátria potestad sobre sus descendientes, que fué su razon inductiva.

Con el objeto de evitar la profusion de las dotes, que algunos padres con perjuicio propio y de los demás descendientes constituian en favor de sus hijas, se dieron leyes que señalaban sus límites, tomando por base los bienes de los padres, leyes que están derogadas por una

(1) Título IV, Part. IV; y VII, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Ley 11, tit. IV, Part. V.
(3) Ley 1, tit. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Ley 2, tit. VII, lib. X de la Nov. Rec.
(5) Ley 7, tit. XII, lib. III del Fuero Real; y ley 1, tit. XX, lib. X de la Nov. Rec.
(6) Ley 8, tit. IV, Part. V.
(7) Art. 38 de la Ley Hipotecaria.
(8) Ley 9, tit. IV, Part. V.
(9) Ley 8, tit. XI, Part. IV.

costumbre que ha venido á reemplazarlas. Pero ha una y disposicion vigente y observada (1), segun la que no puede darse por causa de dote nada que exceda la legítima de las hijas.

Conócense además entre nosotros otras donaciones hechas por razon de matrimonio que exigen particular mencion. Estas son las donaciones esponsalicias, las arras y las donaciones *propter nuptias.*

La donacion esponsalicia (*sponsalitia largitas* entre los romanos) consiste por lo comun en joyas, vestidos y adornos que acostumbraban á darse los esposos prometidos, y especialmente el varon en señal de su afecto (2). Para cohibir su profusion, las leyes tienen establecido como límite que no deben pasar de la octava parte de la dote (3), y se niega toda demanda judicial á los mercaderes que dieren géneros al fiado para regalos de boda (4): respecto á su revocacion se siguen las doctrinas romanas (5).

Las arras, parecidas, aunque no iguales, á la donacion *propter nuptias* de los romanos, son la donacion que hace el esposo á la esposa en remuneracion de la dote ó de sus prendas personales. Estas tienen como límite la décima parte de los bienes del marido, si bien su computacion podrá hacerse, si es la voluntad de este al constituirlas, no solo con relacion á los bienes presentes, sino á los que pudiere haber al tiempo de disolverse el matrimonio en el caso de que se hubieren aumentado (6). El dominio de las arras pasa á la mujer que, cuando el matrimonio se disuelve antes de consumarse, tendrá que devolverlas, y en otro caso las retendrá en su poder; pero las perderá por adulterio, por abandonar á su marido ó escaparse de su casa (7). Si se hubiere hecho á la mujer promesa de arras ó de donacion esponsalicia, tendrá en el término de veinte dias desde la disolucion del matrimonio el derecho de elegir una ú ótra cosa; trascurrido el plazo la facultad pasa al marido (8).

Resta hablar de la donacion *propter nuptias.* Diferente la que hoy conocemos de la que designaron con este nombre las Partidas siguiendo al derecho romano, es la que los padres hacen á sus hijos para soportar decorosamente las cargas del matrimonio (9). No ha de exceder de la cantidad que el padre puede dejar como legítima y mejora á sus hijos. Al hablar de las mejoras de tercio y quinto recibirán ampliacion estas doctrinas.

---

(1) Ley 6, tít. III, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Ley 3, tít. XI, Part. IV.
(3) Leyes 6 y 7, tít. III, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Ley 2, tít. VIII, lib. X de la Nov. Rec.
(5) Ley 3, tít. XI, Part. IV, y ley 3, tít. III, lib. X de la Nov. Rec.
(6) Ley 2, tít. II, lib. III del Fuero Real; y leyes 1 y 7, tít. III, lib. X de la Nov. Rec.
(7) Ley 6, tít. II, lib. III del Fuero Real.
(8) Ley 2, tít. III, lib. X de la Nov. Rec.
(9) Ley 5, tít. III; y ley 9, tít. VI, lib. X de la Nov. Rec.

Concluiré diciendo que nuestras leyes, como las romanas, rechazan las donaciones simples hechas entre los cónyuges, fundándose en iguales motivos de moralidad y de conveniencia (1).

Los bienes que por cualquier título, que no sea dotal, lleve la mujer al matrimonio, ó que adquiere durante él, se llaman *parafernales* (2). La propiedad de ellos es de la mujer; pero el marido, como jefe de la familia, es el que los administra (3).

La ley establece á favor de la mujer casada hipoteca legal sobre los bienes de su marido por la dote, parafernales y bienes de cualquier otra clase que haya aportado al matrimonio y entregado solemnemente al marido bajo fé de escribano y por las arras ó donaciones que el marido le haya ofrecido dentro de los límites de la ley (4). Al tratar de las hipotecas legales se ampliarán estas indicaciones.

Como consecuencia del principio de la comunion de gananciales que el matrimonio induce, materia de que en otro lugar he hablado ya, los frutos procedentes de estas diferentes clases de donaciones corresponden á la sociedad legal mientras dura el matrimonio.

TITULUS VIII.

Quibus alienari licet vel non.

TITULO VIII.

De las personas que pueden ó no enajenar.

Es un principio general que el dueño de una cosa puede disponer de ella á su arbitrio: en él implícitamente está comprendida la facultad de enajenarla; pero las leyes á veces limitan este derecho por razones de conveniencia pública, al mismo tiempo que en otras lo conceden á personas que no tienen el carácter de dueños. Este es el asunto del presente título, que se puede considerar como una ampliacion de los principios que dejo expuestos al tratar del dominio.

Considero conveniente explicar lo que se entiende aquí por la palabra *enajenar*: tomásela en un sentido muy lato, comprendiendo no solo la venta, sino tambien la donacion, la permuta, la cesion en pago, y la usucapion, porque como dice Paulo (5), parece que enajena el que permite que se prescriba; en una palabra, por enajenacion se entiende todo modo de trasferir el dominio, y lo que es mas, sus desmembraciones, y la pérdida de los derechos reales, y por lo tanto la hipoteca y el establecimiento y la libertad de las servidumbres (6),

(1) Leyes 1, 5 y 6 del tit. XI, Part. IV.
(2) Ley 17, tit. XI, Part. IV.
(3) Ley 7, tit. II, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Art. 168 de la Ley Hipotecaria.
(5) Ley 28, tit. XVI, lib. L del Dig.
(6) Ley 7, tit. LI, lib. IV del Cód.

Accidit aliquandò, ut, qui dominus sit, alienare non possit; et contrà, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat.

Sucede á veces que el que es dueño de una cosa no puede enajenarla, y por el contrario, que puede enajenarla el que no es dueño.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 62. Com. II de sus Inst.)

Nam dotale prædium *maritus* invitâ muliere per legem Juliam *prohibetur alienare, quamvis ipsius sit*, dotis causà ei datum. Quod nos, *legem Juliam* corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in soli tantummodo rebus locum habebat, quæ *Italicœ fuerant* (*a*), et alienationes inhibebat, quæ invitâ muliere fiebant (*b*) *hypothecas* autem earum, *etiam volente: utriusque remedium imposuimus* ut etiam in eas res, quæ in provinciali solò positæ sunt, interdicta fiat alienatio vel obligatio, et neutrum eorum, neque consentientibus mulieribus, procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur (*c*).

Así el marido no puede enajenar en virtud de la ley Julia el predio dotal contra la voluntad de la mujer, aunque sea dueño del predio, por habérsele entregado como dote. Nosotros, corrigiendo la ley Julia, hemos mejorado esto, porque teniendo antes solamente lugar en aquellas cosas que gozaban del derecho itálico (*a*), y prohibiéndose enajenarlas sin el consentimiento de la mujer (*b*), é hipotecarlas aunque ella consintiera, hemos reformado una y otra disposicion, estableciendo que la enajenacion y la obligacion estén prohibidas igualmente respecto de los cosas situadas en las provincias, y que ninguna de las dos se verifique aun con consentimiento de las mujeres, para que la fragilidad de su sexo no se convierta en perjuicio de su fortuna (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§ 63. Com. II de sus Inst.)
(*b*) Copiado de Paulo. (§ II, tít. XXI, lib. II de sus Sent.)
(*c*) §. 15 de la ley única del tít. XIII, lib. V del Cód.

Comentario.

Maritus prohibetur alienare, quamvis ipsius sit.—Para la perfecta inteligencia de esta palabras, concluiré aquí la exposicion de la teoría del sistema dotal, que comencé en el comentario al párrafo tercero del título que antecede.

Mientras existe el matrimonio, el marido es el dueño de la dote: mas como despues de disuelto, la mujer tiene el derecho de pedir su restitucion, bajo cierto aspecto puede decirse que la dote corresponde á los bienes de la mujer. De este modo explica Mackeldey la teoría del

dominio de la dote, y viene así á destruir las reñidas cuestiones que los intérpretes, alegando en apoyo de sus respectivas opiniones leyes divergentes, sostienen con tanto empeño. En tres categorías clasifica el mismo autor los pareceres de los jurisconsultos de todas épocas acerca del derecho que tenia el marido sobre los bienes dotales. El mas generalmente adoptado, considera al marido como propietario de la dote si consiste en cosas fungibles, ó si ha sido tasada con estimacion que cause venta, y en los demás casos á la mujer, si bien durante el matrimonio el marido, y no ella, ejerce el dominio: para explicar esta doctrina se ha supuesto un dominio natural y otro civil, residiendo el primero en la mujer y el segundo en el marido. Segun otros, entre los cuales debe mencionarse á Cujas, el marido es el único propietario de la dote, y la mujer solo tiene el derecho de reclamarla cuando llega la época de la restitucion. Otros, finalmente, combaten ambas opiniones, y dicen que la mujer es la propietaria de la dote, y que el marido solo tiene el usufructo y la administracion. Contentándome con indicar tales cuestiones, me limito en la explicacion de este texto á considerar al marido, durante el matrimonio, como dueño de la dote, segun dice el Emperador, cuya interpretacion tengo por mas conforme con el espíritu y letra de las leyes; pero debo añadir que á este dominio de las cosas dotales está aneja la obligacion de restituirlas disuelto el matrimonio en los términos que se expondrán.

El marido, como propietario de la dote, tiene el derecho de administrar los bienes en que consiste, de percibir los frutos y de distribuirlos (1) sin dar fianzas, ni cuentas de su administracion (2), de hacer suyas las accesiones como parte de la dote, si bien con la obligacion de entregarlas con ella (3), de adquirir las cosas que reemplazan á las dotales (4), de trasmitirlas á sus herederos (5), de enajenar los bienes muebles en que consiste, aun sin consentimiento de la mujer (6), de reclamar y cobrar los créditos (7), y por último de poder reivindicar las cosas de cualquier poseedor en que se hallen (8).

Por lo que hace á los bienes inmuebles, el texto que antecede

---

(1) §§. inicial de la ley 7, y 3 de la 10 del tít. III, lib. XXIII del Dig.; y ley 20, tít. XII, libro V del Cód.
(2) Leyes 1 y 2, tít. XX, lib. V del Cód.
(3) Ley 4; §§. 1 y 3 de la ley 10; y §. 9 de la ley 69, tít. III, lib. XXIII del Dig.
(4) Leyes 26, 27, 32 y 54 del tít. III, lib. XXIII del Dig.
(5) §. 1 de la ley 1, tít. V, lib. XXIII del Dig.
(6) Ley 42, tít. III, lib. XXIII del Dig.
(7) Ley 2, tít. X, lib. IV del Cód.
(8) Ley 24, tít. II, lib. XXV del Dig.

manifiesta que está prohibido al marido toda enajenacion é hipoteca voluntaria, aun en el caso de que la mujer preste su consentimiento. Mas de esta regla se exceptúa el predio dotal que ha sido valuado con estimacion que cause venta, porque entonces el dominio pleno irrevocable pasa al marido, y solo compete á la mujer el derecho á su estimacion disuelto el matrimonio (1); pero esta excepcion no tiene lugar cuando la mujer se hubiese reservado obtener al tiempo de la restitucion ó la finca dotal, ó su estimacion segun su voluntad (2). Habiéndose introducido esto á favor de la mujer, á ella y á sus herederos compete el derecho de reclamar la nulidad de la enajenacion, cuando llega el caso de la restitucion de la dote, pero de ningun modo al marido ni á sus herederos por su propia utilidad, y cuando estén libres de la restitucion (3). Si la mujer es heredera del marido, solo puede solicitar que la enajenacion quede sin efecto si no alcanzan los bienes de la herencia á satisfacer su dote (4).

Al disolverse el matrimonio cesan los derechos del marido sobre la dote, y empieza la obligacion de restituirla. En el caso de que el matrimonio se disuelva por la muerte de la mujer, la dote profecticia vuelve al ascendiente que la constituyó (5), á no ser que al constituirla se hubiese convenido que llegado este caso la retuviera el marido (6); la adventicia pasa á los herederos de la mujer, á no ser que estipulara su reversion el que la dió (7). Mas disuelto el matrimonio en vida de la mujer, á ella solo corresponde la dote, bien sea adventicia ó profecticia, á no ser en los casos de que ya la haya consumido, ó de existir en contrario un pacto añadido en su constitucion (8). Aun sin la necesidad de la disolucion del matrimonio, puede haber caso en que tenga lugar la restitucion de la dote; esto sucede, cuando el marido cae en indigencia, si bien entonces sus productos deben emplearse, como antes, en soportar las cargas del matrimonio (9).

Si la dote consistiere en dinero contado, debe hacerse la restitucion en una cantidad igual. En la de bienes muebles ó inmuebles apreciados en venta ha de devolverse la misma cosa ó su estimacion,

---

(1) §. 6 de la ley 10, tít. III; y ley 11, tít. V, lib. XXIII del Dig.
(2) Ley 1, tít. XXIII, lib. V del Cód.
(3) Ley 17, tít. V, lib. XXIII del Dig.
(4) §. 4 de la ley 15, tít. III, lib. XXXIII del Dig.
(5) §. inicial de la ley 6, tít. III, lib. XXIII del Dig.; y ley 4, tít. XVIII, lib. V del Cód.
(6) §. inicial de la ley 12, tít. IV, lib. XXXIII del Dig.
(7) §§. 6 y 13 de la ley única, tít. XIII, lib. V del Cód.
(8) §. 11 de la misma ley.
(9) Ley 29, tít. XII, lib. V del Cód.

siendo en estos casos el peligro del marido, á no ser que otra cosa se conviniera á su otorgamiento (1). En la inestimada y en la estimada sin que cause venta, debe el marido restituir la misma cosa en que consiste, no siendo responsable de los menoscabos que hayan acaecido sin su culpa (2). En el caso de que válidamente hubiera enajenado las cosas dotales, debe restituir su valor (3).

Acerca de los plazos en que debe verificarse la restitucion de la dote, una constitucion de Justiniano (4) establece que los bienes inmuebles sean restituidos inmediatamente á no mediar pacto en contrario: por lo que hace á los muebles y á las cantidades, si producen un interés determinado, deben ser repartidos los productos del año en que se disuelve el matrimonio entre el marido y la mujer ó sus herederos, proporcionalmente al tiempo en que subsistió: mas si el marido los emplea por sí, entonces debe restituirlos en el transcurso de un año. La falta de cumplimiento del marido ó de sus herederos en restituir al vencimiento del plazo, los sujeta al pago de un cuatro por ciento de intereses. De las acciones que competen para hacer efectiva la restitucion se hablará oportunamente.

Por último concluiré esta materia diciendo que para hacer mas segura la restitucion de la dote, tiene la mujer en todos los bienes del marido una hipoteca tácita tan privilegiada, que le da preferencia sobre todos los acreedores de su cónyuge, aunque sean mas antiguos, á excepcion únicamente del fisco (5).

Legem Juliam.—En tiempo de Augusto se publicó este plebiscito, que lleva el nombre de *lex Julia de adulteriis et de fundo dotali*. Limitóse á prohibir la enajenacion de las heredades sin consentimiento de la mujer, y su hipoteca aunque ella consintiese: la ley solo se referia á los bienes inmuebles, porque el perjuicio de su pérdida era mayor para la mujer, al mismo tiempo que presentaban menos inconvenientes á la aplicacion práctica del principio que se adoptó; en su virtud estaban mas aseguradas las mujeres, puesto que les era mas beneficioso poder pedir como suya la heredad de cualquier poseedor en cuyo poder se hallase, que tener solo una accion personal para reclamarla del marido ó de sus herederos su importe.

Italicæ fuerant.—Guarda mucha analogía la limitacion de la ley Julia con la doctrina, que en otro lugar he expuesto, acerca del derecho del suelo itálico y provincial.

---

(1) §. inicial de la ley 10, tít. III, lib. XXIII del Dig., y ley 5, tít. XXII, lib. V del Cód.

(2) §. inicial y §. 1 de la ley 10, tít. III, lib. XXIII; y §. 1 de la ley 25, é inicial de la ley 66, tít. III, lib. XIV del Dig.

(3) Ley 54, tít. III, lib. XXIII del Dig.

(4) Ley única, tít. XIII, lib. V del Cód.

(5) §. 1. de la ley única, tít. XIII, lib. V del Cód.

Hypothecas, etiam volente.—La razon en virtud de la cual la ley Julia, al paso que permitió las enajenaciones con consentimiento de la mujer, prohibió aun con él la hipoteca, fué la mayor facilidad con que podia ser inducida á obligar que á vender la finca, viniendo así tal vez á resultar una enajenacion que ni habia previsto ni consentido.

Utriusque remedium imposuimus.—Consiguiente era á los principios de igualacion entre el suelo itálico y provincial, que cesase la diferencia entre las heredades dotales sitas en los diferentes territorios del Imperio. Pero mas notable es el cambio que se introdujo en el sistema dotal por la prohibicion de enajenar, aun con consentimiento de la mujer, los bienes inmuebles de la dote. Así vino á pararse á la doctrina de la inalienabilidad del predio dotal, salvando á la mujer de los peligros que su propia debilidad podia acarrearle.

1 Contrà autem creditor pignus *ex pactione*, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitàn ideò videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initiô contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur (*a*). *Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur*, neque debitores temerè suarum rerum dominium amittere videantur, nostrâ constitutione (*b*). consultum est, et certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere, cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abundèque provisum est.

1 Por el contrario, el acreedor puede en virtud de convenio enajenar la prenda, aunque no es dueño de ella; pero esta enajenacion debe ser considerada como hecha por voluntad del deudor, que al celebrar el contrato convino que el acreedor pudiera vender la prenda en el caso de que no le pagara (*a*). Mas con el objeto de que los acreedores no encuentren obstáculo para hacer efectivos sus derechos, ni los deudores puedan ser despojados del dominio de lo que les corresponde, una constitucion nuestra (*b*) ha establecido cierta forma determinada para la venta de las prendas, con la cual se satisface cumplidamente á los intereses de los acreedores y de los deudores.

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 64, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Esta constitucion es la ley 3 del tít. XXXIII, lib. VIII del Cód.

Comentario.

Ex pactione.—Realmente no corresponde á este lugar la enajenacion de la prenda en virtud de cláusula de un convenio, como tampoco la hecha por el procurador en virtud de mandato: la voluntad del due-

ño en estos casos es la que da fuerza á la enajenacion que en representacion suya hacen el acreedor ó su apoderado.

Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur.—La doctrina que realmente corresponde á este lugar es la del acreedor que procede á la enajenacion de la prenda sin pacto prévio, ó tal vez con uno contrario á la enajenacion. Reservo estas doctrinas para exponerlas mas oportunamente al tratar de las obligaciones, y creo que aquí basta dejar consignado el principio de que, prévias las formalidades que la ley señala, el acreedor puede vender la prenda sin el consentimiento y aun contra la voluntad del dueño que la empeñó.

2 Nunc admonendi sumus, *neque pupillum*, *neque pupillam* ullam rem *sine tutoris auctoritate alienare* posse. Ideòque, si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, *non contrahit obligationem*, quia pecuniam non facit accipientis. Ideòque *vindicare* nummos *possunt*, sicubi extent: sed si nummi, quos mutuos dedit, ab eô, qui accepit, bonâ fide *consumpti sunt*, *condici possunt*, si malâ fide *ad exhibendum* de his agi potest. At ex contrariô omnes res pupillo et pupillæ *sine tutoris auctoritate rectè dari* possunt. Ideôque, si debitor pupillo solvat, *necessaria est tutoris auctoritas*: alioquin non liberabitur (*a*). Sed etiam hoc evidentissimâ ratione statutum est in constitutione (*b*), quam ad Cæsarienses advocatos ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus, quâ dispositum est, ità licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius sententia judicialis, *sine omni damnô* celebrata hoc permittat. Quô subseculô, si et judex pronuntiaverit, et debitor solverit, sequitur hujusmodi solutionem *plenissima securitas*. Sin autem alitèr, quàm disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex eâ locupletior sit et adhùc eamdem summam petat, *per ex-*

Debe advertirse que ni el pupilo ni la pupila pueden enajenar cosa alguna sin autoridad del tutor. Por lo tanto, si dieren á alguno dinero en mútuo sin esta autoridad, no contraen obligacion, ni transfieren el dominio al que recibe, y por consiguiente el dinero podrá ser reivindicado en cualquiera parte en que se halle. Pero si el dinero que el menor ha dado en mútuo se hubiera consumido de buena fé por el que lo recibió, habrá lugar á la condiccion, y si es de mala fé á la accion *ad exhibendum*. Mas, por el contrario, el pupilo y la pupila pueden válidamente adquirir todas las cosas sin autoridad del tutor. De aquí se sigue, que si el deudor paga al pupilo, es necesario que intervenga la autoridad del tutor, porque de otro modo no se librará de la obligacion (*a*). Hemos establecido esto por las mas evidentes razones en una constitucion (*b*) que dirigimos á los abogados de Cesarea á propuesta de Triboniano, varon eminentisimo, cuestor de nuestro palacio imperial, en la que dispusimos que el deudor de un pupilo pudiese pagar al tutor ó curador estando autorizado primero por una sentencia judicial dada sin gastos, observándose los requisitos que prescribe, si el juez lo manda y el deudor paga, este pago tendrá plena y 2

ceptionem doli mali summoveri poterit; quod si aut malè comsumpserit, aut furtô amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominùs damnabitur, quia temerè, sine tutoris auctoritate, et non secundùm nostram dispositionem solverit. Sed ex diversô pupilli vel pupillæ *solvere sine tutore auctore non possunt*, quia id, quod solvunt, non fit accipientis, cum scilicèt nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est (*c*).

entera seguridad. Mas en el caso de que el pago se hubiere hecho de otro modo del que dispusimos, entonces si el pupilo tiene aun en su poder el dinero ó se ha enriquecido con él y vuelve á pedir la misma suma, podrá ser rechazado por la excepcion de dolo; mas si lo ha consumido inútilmente ó perdido, porque se lo han hurtado, no aprovechará al deudor la excepcion de dolo, sino que deberá ser condenado, pues que pagó imprudentemente sin la autorizacion del tutor y sin arreglarse á nuestras disposiciones. Por el contrario, los pupilos y pupilas no pueden pagar sin la autorizacion del tutor, y por lo tanto no trasladan el dominio de lo que pagan, porque ninguna enajenacion les está permitida sin este requisito (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§§. 80, 82, 83 y 84, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Esta constitucion es la ley 25, tít. XXXVII, lib. V del Cód.
(*c*) Tomado de Ulpiano. (§. 8, ley 14, tít. III, lib. XLVI del Dig.)

Comentario.

Neque pupillum, neque pupillam.—Esta doctrina es una ampliacion de la que he explicado al tratar de la autoridad de los tutores, comprendiendo los casos en que es ó no necesaria. No se limita al pupilo ni á la pupila, como parece que indican las continuas referencias que de ellos y del tutor se hacen en el texto; es extensiva tambien á los menores y á los que por incapacidad física ó moral, están bajo la vigilancia de un curador. En uno de los diferentes períodos del texto se vá usada la palabra *minor*, viniendo así á confirmar esta interpretacion.

Sine tutoris auctoritate alienare.—Con la autoridad del tutor interpuesta segun se dijo en el Libro primero de esta obra, es lícito al pupilo hacer enajenaciones, pero esto no debe entenderse de las heredades, ni de las cosas muebles que pueden ser conservadas, las cuales requieren decreto del juez.

Non contrahit obligationem.—Esto es una consecuencia del prin-

cipio general, en cuya virtud no es lícito al pupilo hacer por sí mismo nada de cuanto pueda empeorar su condicion.

Vindicare possunt.—Quiere decir, el derecho de reclamar el dinero como propio, poséalo quien quiera.

Consumpti sunt.—O bien porque hayan venido á formar una nueva especie, ó porque se haya mezclado con otros.

Condici possunt.—Comprenden estas palabras el derecho de entablar una accion personal contra aquel que de buena fé recibió el dinero, para que nos devuelva otra cantidad igual, puesto que es imposible la reivindicacion por haber perecido la cosa sobre que recaia.

Ad exhibendum.—Fúndase esto en que á quien dejó de poseer por dolo se castiga como si realmente poseyese. No hablaré mas de estas acciones para evitar la confusion que podria producir aquí la introduccion de doctrinas, que tienen un lugar mas natural y mas adecuado al órden de las ideas que requiere tan esencialmente un libro elemental.

Sine tutoris auctoritate rectè dari.—Como el pupilo puede hacer por sí mismo mejor su condicion, es claro qne puede adquirir sin la autoridad del tutor.

Necesaria est tutoris auctoritas.—La autoridad del tutor media en este caso en interés del deudor, no en el del pupilo; este siempre queda indemne de los perjuicios que, haciéndole el pago podria sufrir por su inexperiencia.

Sine omni damnô.—Al favor con que la ley atiende á los pupilos, se agrega aquí lo injusto que seria gravar al deudor con los gastos ocasionados por la falta de capacidad en la persona del acreedor.

Plenissima securitas.—El deudor que paga al tutor ó, con la autoridad de este, al pupilo, queda libre de la obligacion. Mas puede suceder que en el caso de haber el tutor administrado mal el dinero que recibió, y de no poder indemnizar al pupilo, pida este y obtenga el beneficio de restitucion; entonces solo se libertará el deudor de las consecuencias si hubiere precedido una providencia judicial (1). Pero esta no es necesaria para la completa seguridad de los que pagan á los tutores rentas ó pensiones anuales (2), á no ser en el caso que excedan de las correspondientes á dos años (3).

Per exceptionem doli mali.—La ley solo ha tratado de evitar perjuicios al pupilo, y para reparar los que se le hubieren originado, ha

(1) Ley 1, tit. XXXII, lib. II del Cód.
(2) Ley 25, tit. XXXVII, lib. V del Cód.
(3) Ley 27, tit XXXVII, lib. V del Cód.

introducido en su favor disposiciones privilegiadas: el que teniendo el dinero, ó habiéndose utilizado ventajosamente de él, lo pide de nuevo, comete un dolo condenado por la justicia.

Solvere sine tutore auctore non possunt.—No pudiendo enajenar el pupilo, tampoco podia pagar lo que debia; pues que la paga es una enajenacion, porque como he dicho en otro lugar, con la tradicion no con el pacto, se transfiere el dominio.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

En la conformidad de las doctrinas del derecho romano con las de español en los puntos á que este título se refiere, solo deberia añadir algo acerca de la enajenacion de la prenda hecha por el acreedor, si no tuviera lugar mas oportuno.

TITULUS IX.

Per quas personas nobis acquiritur.

TITULO IX.

De las personas por medio de la que podemos adquirir.

Al hablar de la familia romana queda dicho que el exclusivo principio en que se fundaba, resistia primitivamente la idea de que pudiera haber en ella bienes que no correspondieran á su jefe. Este derecho, que fué sucesivamente modificándose, es la base del título que voy á comentar. Solo por consecuencia se trata en él de las personas que en virtud de la facultad que les damos, adquieren para nosotros en cumplimiento de nuestro mandato; su principal objeto es hablar de las que, sometidas á la potestad del padre ó del señor, no tienen ningun carácter, ninguna capacidad mas que la del jefe de la familia á quien representan, y con quien para este efecto forman una sola persona jurídica.

Acquiritur nobis non solùm per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos *in potestate* habemus; itèm per eos servos in quibus usumfructum habemus; itèm per homines liberos, et servos alienos, quos bonâ fide possidemus. De quibus singulis diligentiùs dispiciamus.

Adquirimos no solamente por nosotros mismos, sino tambien por medio de aquellos que están en nuestro poder; igualmente por los esclavos en que tenemos el usufructo, y por los hombres libres, y por los esclavos ajenos que poseemos de buena fé. Hablaremos de ellos especialmente.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 86, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

In potestate.—Manu mancipiôve añaden las Instituciones de Cayo, para comprender á la mujer casada con ritos solemnes, al hombre libre que habia sido vendido ó dado en noxa por su padre, y al deudor entregado á sus acreedores. Justiniano suprimió con razon estas palabras, que en su época no tenian aplicacion especial.

1 Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olìm quidèm, *quicquid ad eos pervenerat* (*exceptis* videlicèt *castrensibus peculiis*), hoc parentibus suis acquirebant, *sine ullâ distinctione* (*a*); et hoc ità parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum est, alii, vel extraneo, donare vel vendere, vel, quôcumque modô voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est, et *generali constitutione* (*b*) *emissâ*, et liberis pepercimus, et patribus debitum reservavimus. Sancitum etenim à nobis est, ut, *si quid ex re patris ei obveniat*, hoc, secundùm antiquam observationem, totum parenti acquirat (quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti?); *quod* autem *ex aliâ causâ sibi filiusfamilias acquisivit*, hujus usumfructum quidèm patri acquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne, quod ei ex suis laboribus vel prosperâ fortunâ accesit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat. Hoc
2 quoquè à nobis dispositum est in eà specie, ubi parens, emancipandô liberum, ex *rebus*, *quæ acquisitionem effugiunt*, sibi partem tertiam retinere, si voluerat, licentiam ex anterioribus constitutionibus habe-

Antiguamente los descendientes 1
de uno y otro sexo que estaban en potestad, adquirian para sus ascendientes sin ninguna distincion cuanto llegaba á ellos (á excepcion de los peculios castrenses) (*a*). Esto era de tal modo, que los ascendientes podian dar, vender ó traspasar como quisieran, á otro descendiente ó á un extraño, lo que habian adquirido por uno ó por una de sus descendientes. Nosotros, reputando esto como inhumano, consultamos en una constitucion general (*b*) al interés de los descendientes y á la reverencia debida á los padres, y hemos establecido en su consecuencia que todo lo que viniese al hijo por cosas de su padre sea para el ascendiente, con arreglo al derecho antiguo. (¿Qué injusticia puede haber en que vuelva al padre lo que proviene del padre?) Pero en lo que el hijo de familia adquiere por otras causas, el padre obtendrá el usufructo, mas la propiedad permanecerá en el hijo, para que no tenga el dolor de ver pasar á otros lo que su trabajo ó su buena fortuna le han proporcionado. Tambien hemos in- 2
troducido una reforma en la facultad que por las antiguas constituciones asistia al ascendiente que emancipaba á su descendiente, de retener, si queria, á manera de pre-

bat, quasi pro pretiô quodammodò emancipationis, et inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum, ex hac emancipatione, dominiô pro parte defraudetur, et quod honoris ei ex emancipatione additum est, quod sui juris effectus est, hoc per rerum deminutionem decrescat. Ideòque statuimus, ut parens *pro tertiâ* bonorum *parte dominii*, quam retinere poterat, *dimidiam*, non dominii rerum, sed *ususfructus* retineat: ità etenim et res intactæ apud filium remanebunt, et pater ampliore summâ fruetur, pro tertiâ dimidiâ potiturus (*c*).

cio la tercera parte de los bienes en que no tenia la propiedad. Inhumano era que el hijo fuese así defraudado por la emancipacion de la tercera parte de sus bienes, y que perdiese con el menoscabo de su fortuna, lo que ganaba por la consideracion de libertarse del poder ajeno. Por lo tanto mandamos que en lugar de la tercera parte de propiedad que podia conservar el ascendiente, retenga la mitad, pero no de la propiedad, sino del usufructo. De este modo la propiedad permanecerá intacta en la persona del hijo, y el padre gozará de mayor suma, esto es, de la mitad en lugar de la tercera parte (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 87, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Esta constitucion es la ley 6, tít. LXI, lib. VI del Cód.
(*c*) §. 3 de la citada ley 6, tít. LXI, lib VI del Cód.

Comentario.

Olim, quicquid ad eos pervenerat.—En el rigor del derecho primitivo, y segun el esclusivo principio de que la familia venia á personificarse en su jefe, nada podia adquirir para sí el hijo: la doctrina de los peculios castrense y cuasi-castrense nació en tiempo de imperio.

Exceptis castrensibus peculiis.— El principio rigoroso del derecho primitivo, que en las adquisiciones hechas por los que estaban en potestad, solo consideraba al jefe de la familia, fué sucesivamente perdiendo terreno, á cuya modificacion se debió la introduccion del peculio. Empezóse á dar este nombre á lo que el padre concedia á su hijo, ó el señor al esclavo, con objeto de que lo administrasen ó comerciasen ; de aquí es que Ulpiano (1) da como etimología de esa palabra : *quasi pussilla pecunia*, ó *patrimonium pussillum*. En esta época el peculio del hijo no se diferenciaba del peculio del esclavo, y venia á ser solo un medio de que pudiera ejercer su industria, sin darle mas derechos que los permitidos por los concedentes; pero el derecho posterior hizo que el hijo de familias pudiera tener bienes

(1) §. 3 de la ley 5, tít. I, lib. XV del Dig.

propios de diferentes clases, tanto por su adquisicion cuanto por los efectos que producian. En los primeros años del imperio, uno de los privilegios que tan profusamente se concedieron á los que militaban, fué el de que los hijos hicieran suyo cuanto adquiriesen con ocasion del servicio, y que pudiesen disponer de ello en vida, ó por última voluntad como si fueran padres de familia. Hé aqui el origen del peculio castrense, introducido para alentar á los jóvenes á tomar parte en las fatigas militares. Comprende todos los bienes muebles que los hijos de familia reciben de sus padres ó de extraños cuando van á unirse á los ejércitos, todos los bienes muebles é inmuebles que adquieren mientras están en ellos, y especialmente las dádivas y las sucesiones de sus camaradas, y por último, lo que se proporcionan con dinero proveniente del peculio castrense (1). En él goza el hijo de la consideracion de padre de familia (2), y dispone libremente de los bienes que lo forman (3), los cuales en el caso de morir intestado pasan á sus herederos legítimos (4). Puede conocerse á primera vista la profunda variacion que esta doctrina debió producir en el antiguo derecho, destruyendo la universalidad del principio que absorbia en el padre la persona del hijo, y consideraba á este meramente como una máquina destinada á producir solo para su dueño, el jefe de la familia.

A imitacion del peculio castrense, introdujeron despues los Emperadores el cuasi-castrense, conocido ya en el imperio de Alejandro Severo, pero desarrollado principalmente por Constantino y otros de los que le sucedieron en el imperio. Comprende lo que el hijo adquiere en la profesion de la abogacía, en el ejercicio de las órdenes sagradas, ó por la munificencia de los Emperadores (5). En él, del mismo modo que en el castrense, el hijo tiene el concepto de padre de familia.

Sine ullâ distinctione.—A excepcion de los bienes que constituian el peculio castrense y cuasi-castrense, todo lo demás que adquiria el hijo, cualquiera que fuese la causa de su adquisicion, correspondia antiguamente en propiedad y en usufructo al padre: á su tiempo manifestaré las variaciones que experimentó esta parte del derecho.

Generali constitutione emissâ.—A las disposiciones parciales que

(1) Ley 5, principio de la 4, leyes 8, 11, y §. inicial de la 19, tit. XVII, lib. XLIX del Dig.; y leyes 1 y 4, tit. XXXVI, lib. XII del Cód.

(2) Ley 2, tit. VI. lib. XIV, del Dig.

(3) Ley 2, tit. XXXVII, lib. XII del Cód.

(4) § inicial, tit. XII, lib. II de estas Inst.

(5) Ley 34, tit. III; y ley 7, tit. II, lib. I; leyes 4 y 14, tit. VII, lib. II; ley 7, tit. LXI, lib. VI, §. inicial, tit. XXXI; y ley 19, tit. XXXVI, lib. XII del Cód.; y cap. 19 de la nov. 123.

algunos Emperadores habian dado sobre determinados bienes adquiridos por los hijos, Justiniano reemplazó una constitucion general (1) que regulára su propiedad y su usufructo.

Si quid ex re patris ei obveniat.—Estas palabras aluden al llamado peculio *profecticio*, que comprende todo lo que el padre da á su hijo para que lo administre. Su propiedad permanece en el padre, mas el hijo lo enajena, si bien no puede donarlo; cuanto con él adquiere se hace de su padre (2.) No es sin embargo este peculio ineficaz para los hijos, pues que lo retienen en el caso de emancipacion si el padre no se lo quita expresamente (3), cuando por ascender á alguna dignidad salen del poder paterno (4), y por último, si son confiscados los bienes del padre (5).

Quod ex aliâ causâ sibi filiusfamilias acquisivit.—Este peculio se denomina *adventicio*, y es el que procede de bienes que ni son castrenses, ni cuasi-castrenses, ni profecticios. A él pertenecen los bienes maternos, y los que el hijo ha adquirido con su trabajo, ó su suerte feliz le ha deparado. Fué introducido por el Emperador Constantino respecto á los bienes procedentes de la sucesion de la madre, en los cuales, dejando al hijo la propiedad, solo reservó al padre el usufructo (6). Arcadio y Honorio lo extendieron á lo adquirido de los ascendientes maternos por cualquier título (7), y Teodosio y Valentiniano á todo lo que venia á un esposo del otro (8). Justiniano fué el que le dió, en la constitucion á que el texto se refiere, el carácter de generalidad que llegó á tener. Este peculio pertenece en propiedad á los hijos, si bien mientras dura la patria potestad, su administracion y usufructo, por regla general, son del padre (9), que ni está obligado á afianzar, ni á dar cuentas (10), pero no puede enajenar las cosas en que consiste sin el consentimiento de los hijos, á menos que sea para satisfacer deudas, ó mandas, ó cuando no puedan las cosas ser conservadas (11). Si contra la disposicion de las leyes el padre hiciese la enajenacion, esta es nula, y mientras dure la potestad no correrá contra los hijos el tiempo de la prescripcion (12).

---

(1) Ley 6 tít. LXI, lib. VI del Cód.
(2) Ley 19, tít. VII, lib. XIII, y §§. inicial, 1 y 2, ley 7, tít. V, lib. XXXIX del Dig.
(3) §. 2 de la ley 31, tít. V, lib. XXXIX del Dig.
(4) §. 1 del cap. 1 de la nov. 81.
(5) §. 4 de la ley 3, tít. IV, lib. IV del Dig.
(6) Ley 1, tít. LX, lib. VI del Cód.
(7) Ley 2 del mismo título y libro.
(8) Ley 1, tít. LXI, lib. VI del Cód.
(9) Ley 1, tít. LX, lib. VI del Cód.
(10) §. 4 de la ley 8, tít. LXI, lib. VI del Cód.
(11) Leyes 1 y 2, tít. LX y §§. 4 y 5 de la ley 8, tít. LXI, lib. VI del Cód.
(12) Ley 1, tít. LX; y ley 4, tít. LXI, lib. VI del Cód.

No siempre tiene lugar la regla general que se ha indicado de que al padre corresponde la administracion y el usufructo del peculio adventicio de sus hijos. Hay algunas excepciones, á saber: cuando el hijo acepta contra la voluntad del padre una sucesion ó una manda (1); cuando le hacen una donacion con la condicion expresa de que el padre no tenga el usufructo (2); cuando concurre el hijo con el padre á la sucesion intestada de un hermano (3), y por último, cuando malversa el padre el fideicomiso, que disuelta su potestad debe restituir al hijo (4). Todo lo que el hijo adquiere en estos casos es una propiedad libre, y generalmente se le da el nombre de peculio *advencio extraordinario.*

Rebus, quæ acquisitionem effugiunt.—Esto es, los bienes que forman el peculio adventicio, y que, como queda dicho, no son en propiedad del padre; de ninguna manera los castrenses ni cuasi-castrenses, en que nada podia retener por la emancipacion (5).

Pro tertiâ parte dominii, dimidiam ususfructus.—En esta reforma consultó con sagacidad Justiniano á los intereses de los padres, á los de los hijos, y á los vínculos de respeto y de cariño, que no se disuelven por la emancipacion. El padre conserva el derecho á la mitad del usufructo, aunque al hacer la emancipacion no se lo haya reservado (6). Obsérvase desde luego una diferencia esencial entre este peculio y el profecticio, el cual, segun he manifestado ya, en el silencio del padre emancipante es retenido por el hijo, cuya diferencia proviene de la diversa posesion material de los peculios: el profecticio que está manejado por el hijo, con solo el hecho de no quitárselo el padre, tácitamente lo concede: mas en el adventicio, que el padre como usufructuario posee naturalmente, se entiende que se ha querido reservar el derecho que la ley le da, y por lo tanto lo retiene, á no ser que lo haya renunciado.

3 Itèm vobis acquiritur, quod *servi vestri* ex traditione nanciscuntur, *sive quid stipulentur,* vel ex quâlibet aliâ causâ acquirunt. Hoc etenim vobis et *ignorantibus et invitis* obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest (*a*). Et *si hæres insti-*

Del mismo modo es para vosotros lo que vuestros esclavos adquieren por tradicion, bien provenga de una estipulacion ó de otra cualquiera causa, y esto aun en el caso de que sea sin vuestro consentimiento, y aun contra vuestra voluntad; porque el mismo esclavo, que está en 3

(1) §. inicial, 1 y 2 de la ley 8, tit. LXI, lib. VI del Cód.
(2) §§ inicial y 1, del cap. 1 de la nov. 117.
(3) Capitulo 2 de la nov. 118.
(4) Ley 50, tit. I, lib. XXXVI del Dig.
(5) §. 3, de la ley 6, tit. LXI, lib. VI del Cód.
(6) Dicho §. 3.

tutus sit, *non alias, nisi jussu vestró* hæreditatem adire potest; et, si jubentibus vobis adierit, vobis hæreditas acquiritur, perindè ac si vos ipsi hæredes instituti essetis. *Et convenientèr* scilicèt *legatum* per eos vobis acquiritur. Non solùm autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, acquiritur vobis, *sed etiam possessio*: cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Undè etiam per eos usucapio vel longi temporis possessio vobis accedit (*b*).

poder de otro, no puede tener nada propio (*a*). Mas si está instituido heredero, no puede adquirir la herencia sino con vuestra órden: haciéndolo así adquirirá la herencia para vosotros, igualmente que si vosotros fuerais los herederos instituidos. Del mismo modo por medio de ellos adquirís las mandas. No solamente se adquiere la propiedad por medio de las personas que están en vuestro poder, sino tambien la posesion: así, todo lo que poseen se entiende que vosotros lo poseeis, y de aquí dimana que la usucapion ó la posesion de largo tiempo obtenida por ellos cede en vuestro provecho (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 87, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 89, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Servi vestri.—El derecho conservó siempre su primitivo carácter con respecto á las adquisiciones hechas por los esclavos.

Sive quid stipulentur.—Cuando el esclavo estipula, lo hace para su señor, como mas adelante dice Justiniano; pero la estipulacion del esclavo no es mas que un título para adquirir, no una adquisicion; de aquí se infiere que solo puede referirse este texto al efecto de la estipulacion del esclavo, es decir, á la tradicion, por la que se traslada el dominio, y no al mismo contrato.

Ignorantibus et invitis.—La razon es la que á continuacion añade Justiniano, porque el esclavo no es capaz de tener nada propio. No pudiendo, pues, subsistir en él por un solo momento la adquisicion, es claro que para que valga, debe considerarse la persona del señor. Este, por otra parte, ningun perjuicio experimenta por la adquision, que puede abandonar cuando quiera.

Si hæres institutus, non aliàs, nisi jussu vestró.—La adicion de la herencia lleva aneja la representacion del difunto, y la necesidad de satisfacer sus obligaciones hereditarias y testamentarias; de consiguiente, el esclavo que no puede por sí obligar á su señor, tampoco puede adir la herencia sin su precepto. Si otra cosa fuera, estaria en el arbitrio del esclavo hacer peor la condicion de su señor.

Et convenientèr.—Estas palabras no se refieren á las que las anteceden, sino á la regla con que encabeza el texto, de que las adquisiciones hechas por el esclavo son para su dueño.

Legatum.—Las mandas están en el caso de las demás adquisiciones simples, puesto que no imponen ninguna obligacion.

Sed etiam possessio.—Estas palabras exigen algunas explicaciones. Al hablar de la adquisicion de la posesion queda dicho que requiere la intencion y el hecho; de aquí se infiere que no basta el acto material del esclavo para que nosotros adquiramos la posesion, es además necesaria nuestra voluntad. No sucede, pues, respecto á la posesion lo que con la propiedad que podemos adquirir sin saberlo y aun sin nuestra voluntad, como dice el Emperador en este mismo texto. Mas esta regla general tiene una limitacion por lo que hace á los bienes que vienen al esclavo como correspondientes á su peculio, cuya posesion adquiere aun sin conocimiento nuestro (1): la razon de esto es, tanto la presunta voluntad del dueño, que en el hecho de querer poseer el peculio en general, quiere implícitamente poseer las cosas de que se compone, como la utilidad que nos resulta, segun observa Papiniano (2), de no estar obligados á hacer investigaciones á cada momento acerca de las especies y causas del peculio.

Advertiré, por último, que las reglas aquí establecidas relativamente á las adquisiciones de los esclavos, son aplicables á los hijos de familia, sin mas limitaciones que las que naturalmente produce la diferencia de peculios.

4 *De his* autem servis, in quibus tantùm usumfructum habetis, ita placuit, ut quicquid ex re vestrâ vel ex operibus suis acquirant, id vobis adjiciatur, quod verò extra eas causas persecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque *si* is *servus* hæres *institutus sit*; legatumve quid ei aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur. *Idem placet et de eô, qui* à vobis *bonâ fide possidetur*, sive is liber sit, sive alienus servus: quod enim placuit de usufructuario, idem placet et de bonâ fide possessore. Itaque

Por medio de los esclavos en que tan solo tenemos el usufructo, adquirimos todo lo que proviene de nuestras cosas ó de su trabajo, mas lo que adquieren por otras causas pertenece al que es su propietario. Así la herencia, el legado ó la donacion que se hayan dejado al esclavo, no serán para el usufructuario, sino para el propietario. Lo mismo debemos decir del que es poseido de buena fé, sea hombre libre ó esclavo ajeno, porque se hace extensivo al poseedor de buena fé lo que se ha dicho del usufructuario. Así todo lo que se adquiere fuera de las dos 4

(1) §. 5 de la ley 1; y §. 12 de la ley 3, tít. II, lib. XLI del Dig.
(2) §. 1 de la ley 44, tít. II, lib. XLI del Dig.

quod *extra duas istas causas* acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor cum usuceperit servum, quia eò modô dominus fit, *ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest*; *fructuarius* verò *usucapere non potest*, primùm, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi, deindè quia scit servum alienum esse.

causas mencionadas, debe pertenecer á él, si es libre, ó á su señor si es esclavo. Mas el poseedor de buena fé, cuando ha adquirido por el uso un esclavo, como que de este modo ha venido á ser su señor, puede adquirir por medio de él todas las cosas, cualquiera que sea la causa de que provengan; pero el usufructuario no puede adquirir por el uso la propiedad del esclavo: primero, porque no posee, sino que solamente tiene el derecho de usar y de gozar; y en segundo lugar, porsabe que el esclavo es ajeno.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§§. 91, 92 y 93, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

De his.—Despues de haber hablado el Emperador de las adquisiciones por medio de nuestros esclavos, pasa á las hechas por el esclavo en que tenemos el usufructo, y por el que poseemos de buena fé como propio siendo ajeno, ú hombre libre.

Ex re nostrâ vel ex operibus suis.—Los principios generales que quedan sentados al tratar del usufructo, explican perfectamente la doctrina del texto. Se dijo allí que el usufructuario hace suyos todos los frutos naturales, industriales y civiles que la cosa produce por su destino, pero no los extraordinarios y accidentales; infiérese por lo tanto, que solo debe corresponder al usufructuario del esclavo lo que adquiera con relacion al mismo usufructuario, ó por efecto de su trabajo. Por razon del usufructuario, como cuando puesto por este al frente de un establecimiento agrícola, industrial ó mercantil, contrata y adquiere por este concepto, á cuya clase de adquisicion pertenece tambien lo que se deja al esclavo por consideracion al usufructuario. El producto del trabajo del esclavo corresponde tambien al usufructuario, porque es un fruto civil.

Si servus institutus sit.—Tanto la institucion de heredero como la donacion y el legado, no son frutos ordinarios sino adquisiciones extraordinarias hechas por el esclavo, y que de consiguiente no deben pertenecer al usufructuario sino al propietario, con arreglo á las doctrinas generales que quedan expuestas.

Idem placet et de eô, qui bonâ fide possidetur.—Las doctrinas que se han sentado acerca de las adquisiciones hechas por los esclavos en

que tenemos el usufructo, son extensivas á las hechas por el esclavo ajeno ó por el hombre libre, que poseemos de buena fé, con la limitacion que despues se fija al hablar de la usucapion.

Extra duas istas causas.— Estas dos causas son el trabajo del esclavo ajeno ó del hombre libre poseido con buena fé, y la cosa del poseedor.

Ex omnibus causis per eum acquirere potest.—Completado el tiempo de la usucapion, en que hayan mediado todas las circunstancias prevenidas por la ley para adquirir el dominio, el poseedor de buena fé se convierte en verdadero señor, y por lo tanto para él son todas las adquisiciones hechas por el esclavo en lo sucesivo.

Fructuarius usucapere non potest.—Cualquiera de las dos razones que expresa el texto, y que concurren en el usufructuario, por sí sola seria suficiente para impedir la prescripcion con arreglo á las doctrinas generales que acerca de ella oportunamente se expusieron.

4 Non solùm autem proprietas per eos servos, in quibus usumfructum habetis, vel quos bonâ fide possidetis, vel per liberam personam, quæ bonâ fide vobis servit, acquiritur vobis, *sed etiam possessio*: loquimur autem in utriusque personâ secundum definitionem, quam proximè exposuimus, id est si quam possessionem ex re vestrâ, vel ex operibus suis adepti fuerint.

Mas no solo adquirís la propiedad por los esclavos en que teneis usufructo, ó que poseeis de buena fé ó por las personas libres de que os servís tambien de buena fé como esclavos, sino igualmente la posesion. Debe entenderse respecto de todos que lo dicho tiene lugar en los términos que antes expusimos: esto es, si la posesion proviene de cosa vuestra ó de su trabajo. 4

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 94, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Sed etiam possessio.—Extensiva es á este lugar la doctrina que acerca de la adquisicion de la posesion hecha por el esclavo propio, expuse al comentar el párrafo tercero de este título.

5 Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque juri vestro subjectos habetis, neque bonâ fide possidetis, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque justam possessionem, nullâ ex causâ vobis acquiri posse (*a*). Et hoc est, quod dicitur,

De lo dicho se infiere que no podeis adquirir por hombres libres que no están sujetos á vuestro poder, ni poseeis con buena fé, como ni tampoco por esclavos ajenos en que no teneis usufructo ni justa posesion, cualquiera que sea la causa de adquisicion de que se tra- 5

per extraneam personam nihil acquiri posse: exceptô eô, quod *per liberam personam*, veluti per procuratorem, placet, *non solùm scientibus, sed* etiam *ignorantibus* vobis acquiri possessionem, secundùm divi Severi constitutionem, *et per hanc possessionem etiam dominium*. si dominus fuit, qui tradidit, *vel usucapionem*, aut longis temporis præscriptionem, si dominus non sit (*b*).

te (*a*). De aquí proviene la regla de que nada puede adquirirse por medio de una persona extraña: hay una excepcion en virtud de la que es permitido por medio de una persona libre, tal como un procurador, adquirir la posesion no solo sabiéndolo, sino tambien ignorándolo, con arreglo á una constitucion del Emperador Severo, y en virtud de esta posesion tambien la propiedad, si era dueño el que entregó, y el derecho de usucapir ó prescribir por largo tiempo, sino lo era (*b*).

ORIGENES.

(*c*) Copiado de Cayo. (§. 11, tít. VIII, lib. VII del Dig.)
(*d*) Conforme con Ulpiano. (§§. 5 y 6 de la ley 12, tít. VIII, lib. VII del Dig.)

Comentario.

Per extraneam personam nihil acquiri posse.—El primitivo derecho de los romanos, tan austero en sus formas como exclusivo, establecia el principio de que ningun ciudada no podia ser representado por otro. Este rigor fué despues mitigándose y, haciéndose separacion entre los actos que estrictamente eran de derecho civil de los que debian atribuirse al derecho de gentes, prevaleció que en estos pudieran emplearse el ministerio de un procurador. Sin embargo, en la necesidad de salvar el rigor de los principios, de que eran tan cuidadosos los antiguos jurisconsultos, el procurador estaba solo considerado como obrando en su propio nombre á beneficio de un tercero, contrayendo á su propio favor y contra sí obligaciones que solo por medios indirectos y con el auxilio de sutiles interpretaciones venian á recaer en aquel, en cuyo interés las habia contraido. De aquí dimanó la diferencia que el texto, que comento, establece entre la propiedad y la posesion. En el dominio, derecho civil por excelencia, permaneció subsistente el antiguo principio que no permitia la adquisicion á nombre de un tercero, viniendo á ser nulo en su consecuencia bajo todos sus aspectos el acto que no se conformaba á principio tan exclusivo.

Per liberam personam.—La posesion era de derecho de gentes, y por esto presentaba á los romanos menos dificultades que el dominio, para admitir que interviniera un procurador en su adquisicion. Consistiendo en parte en un hecho material, esto es, en que la cosa

estuviera á nuestra disposicion física, muy bien podia ser adquirida por otra persona que la ocupara bajo nuestras órdenes, con tal que nosotros tuviéramos el ánimo de poseer; puesto que, como he dicho en otro lugar, la adquisicion de la posesion requiere la intencion y el acto.

Non solum scientibus, sed ignorantibus.—Estas palabras no deben tomarse en un sentido absoluto, que además de ser inconciliable con la letra de muchos textos, destruiria el principio que ya queda expuesto en otros lugares acerca de la necesidad de la intencion para que la posesion se adquiera. Las palabras del texto son exactas limitándolas al caso en que el procurador obre en virtud del mandato de adquirir; de consiguiente puede haber intencion de poseer sin conocimiento de estar poseyendo. Mas por el contrario, una persona que no teniendo especial mandato se constituyera nuestro agente y como tal recibiera alguna cosa, no nos adquiriria su posesion mientras lo ignoráramos (1).

Et per hanc possessionem etiam dominium.—La voluntad del que, en virtud de un título traslativo del dominio, entrega la cosa al procurador que nos representa, nos transfiere el dominio: segun quede expuesto. El procurador puede por lo tanto adquirir la posesion para nosotros, que como consecuencia de ella adquirimos tambien el dominio. Así en tiempo de Justiniano se podia adquirir la propiedad por medio de procurador, en virtud de la tradicion precedida de un título hábil para la traslacion del dominio.

Vel usucapionem.—Quiere decir la facultad de prescribir, puesto que en todas aquellas ocasiones en que por defecto del dominio en el que nos entrega la cosa, no podemos hacerla nuestra, adquirimos el derecho de prescribirla, si concurren las circunstancias que se requieren para la usucapion. Como una de ellas es la buena fé, y esta no puede menos de ser personalísima en el que prescribe, de aquí es que para que empiece á correr su término se requiere que sepa la posesion del procurador aquel á cuyo nombre ha sido tomada (2).

Hactenùs tantispèr admonuisse sufficit, quemadmodùm singulæ res acquiruntur: nam legatorum jus, quô et ipso singulæ res vobis acquiruntur, itèm fideicommissorum, ubi *singulæ res* vobis relinquuntur, opportuniùs inferiore locô referemus. Videamus itaque nunc, quibus

Basta lo que hemos dicho hasta aquí sumariamente acerca de los modos singulares de adquirir: mas adelante y con mayor oportunidad, hablaremos de las mandas, en virtud de las que adquirimos cosas singulares, y de los fideicomisos por los cuales se nos dejan tambien.

(1) §. 1 de la ley 42, tit. II, lib. XLI del Dig.
(2) Ley 1, tit. XXXII, lib. VII del Cód.

modis *per universitatem* res vobis acquiruntur. *Si cui ergo* hæredes facti sitis sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem arrogaveritis, vel si cujus bona libertatum conservandarum causâ vobis addicta fuerint, ejus res omnes ad vos transeunt. Ac priùs de hæreditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est: nam vel *ex testamentô, vel ab intestatô* ad vos pertinent. Et priùs est, ut de his dispiciamus, quæ vobis ex testamentô obveniunt. Qua in re necessarium est initium, de ordinandis testamentis exponere.

Veamos, pues, los modos de adquirir las cosas por universalidad. Si sois herederos, ó si pedis la *bonorum possesio* de alguno, ó si arrogais á otro, ó si se os adjudican los bienes de otro para conservar las libertades, todas las cosas que les pertenecian se hacen vuestras. Tratemos primero de las herencias, que son de dos clases, porque ó se defieren por testamento, ó corresponden *ab intestatô*. Tratemos primero de las que vienen por testamento, para cuya inteligencia es necesario exponer antes la doctrina de la ordenacion de los testamentos.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§§. 97, 98, 99 y 100, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Singulæ res.—No está precisamente tomada la division de titulos universales y singulares de adquirir, á que se refiere Justiniano, de que comprendan ó cosas individuales, ó una universalidad de bienes, lo que, entendido así, podria inducirnos á errores trascendentales, sino de la naturaleza de los modos de adquirir. Así, la herencia constituye un modo universal de adquisicion con respecto al heredero, que viene á ser el representante de la persona jurídica del difunto; pero si el heredero la vende á otro (1), el comprador la tendrá por titulo singular, sin embargo de que comprenderá los mismos bienea que habia obtenido el vendedor.

Per universitatem.—En rigor la palabra *universitas* no significa ní el título, ni el modo de adquirir, sino lo mismo que se adquiere absorbiendo la representacion de otra persona, esto es, entrando en su lugar y reemplazándola en sus bienes, en sus derechos y en sus obligaciones: de aqui es que el texto, para indicar el modo universal de adquirir, dice *per universitatem adquisitio*, y otras veces se lee *per universitatem succesio.*

Si cui ergo.—Además de los cuatro modos universales de adquirir que aquí expresa el Emperador, existian antiguamente otros que ya habian desaparecido ó que desaparecieron en su época. Tales eran

(1) Título IV, lib. XVIII del Dig.

los que tenian lugar por la venta de los bienes del deudor, por la reduccion de una mujer libre á la esclavitud, segun lo que disponia el senado-consulto Claudiano, y por la entrada de la mujer en potestad del marido mediando los ritos que dejo expuesto en el Libro primero de estas Instituciones.

Ex testamentô, vel ab intestatô.—Solo añadiré á lo que dice el texto para justificar el método qué sigue, que la razon por que sin duda se propuso Justiniano tratar antes de la sucesion testada, fué la mayor preferencia que la ley le da sobre la intestada, que es solamente admisible en defecto de la primera.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

En otro lugar he dicho ya que el hijo al contraer matrimonio adquiere el usufructo de los bienes adventicios (1), doctrina que limita la conformidad entre nuestras leyes de Partida y las romanas relativamente á los peculios (2).

Respecto á la adquisicion por medio de procurador, no es este el lugar oportuno de tratarla con relacion á nuestro derecho.

TITULUS X.	TITULO X.
De testamentis ordinandis.	**De la ordenacion de los testamentos.**

Comienza en este título á desenvolverse la extensa y complicada teoría de las sucesiones, esto es, del *reemplazo de unas personas en los derechos de otras*. Como aparece del último texto del título que antecede, esto no solo tiene lugar por razon de la muerte, sino tambien entre vivos como en el caso de arrogacion. La sucesion puede ser universal, *per universum*, *in universum jus*; ó particular, *in singulas res*. La universal comprende todos los bienes, y todas las obligaciones del antecesor, considerándolos como un solo todo: así trasmite al sucesor las cosas corporales y las incorporales, es decir, los derechos y las obligaciones, sin mas excepcion que lo que por su misma naturaleza se extingue con la personalidad de aquel, á quien, digámoslo así, estaba adherido. La sucesion singular se limita solo á

(1) Ley 3, tit. V, lib. X de la Nov. Recop.
(2) Leyes 5, 6, y 7, Part. IV.

derechos individuales. En este título se empieza á hablar de la sucesion universal por causa de muerte.

La muerte de una persona extingue con ella todos los derechos que son resultado de su estado público ó de su condicion doméstica; pero no sucede lo mismo con sus bienes, respecto de los cuales concluida la persona física continúa la jurídica, persona que ocupando el lugar del que la antecedió llena el puesto que deja en el mundo. Estos bienes considerados como un todo jurídico, se llaman *sucesion* en el sentido objetivo de la palabra, nombre que se vé alternado en las leyes romanas con los de *hæreditas*, *patrimonium defuncti*, *bona defuncti*, *universum jus defuncti*, y aun con el de *familia*, como queda observado en el Libro primero de esta obra.

El carácter exclusivo y severo de la potestad del jefe de la familia entre los romanos, imprimia su sello especial en este, como en tantos otros puntos de su derecho. Absorbida en el padre toda la representacion privada del hijo de familia, la muerte de este todo lo extinguia respecto á él, puesto que careciendo de representacion jurídica propia aun en vida, no podia dar lugar á la creacion de una persona legal que viniera á reemplazarlo en un hueco que no dejaba. Lo contrario sucedia en la muerte del jefe de la familia, porque en él venian á personificarse todas las cosas sagradas y profanas de la sociedad doméstica á que presidia.

Testamentum ex eô appellatur, quod testatio mentis sit.	El testamento toma su nombre de *testatio mentis*, esto es, atestacion de la voluntad.

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 1, tít. XX de sus Reglas.)

Comentario.

Testamentum.—Dejando aparte el orígen etimológico de la palabra *testamentum*, *mentis contestatio* como dice Ulpiano, y en que se encuentra mas de pueril y caprichoso que de sólido y útil, expondré en el ingreso de este título algunas ideas que creo convenientes y que servirán para dar mayor enlace á las que despues van á presentarse. El principio de que el individuo al morir físicamente deja reemplazada su persona jurídica, requiere la designacion prévia del individuo ó de los individuos en quienes se ha de verificar esta transmigracion; la designacion solo puede hacerse por la ley ó por el hombre. Conformándose el derecho con el principio de que el hombre por regla general es el que mejor puede proveer á su reemplazo, puesto que ninguno mas bien que él está en caso de apreciar las circunstancias particulares de las personas que lo rodean, y por

lo tanto de distribuir sus bienes de modo que su desaparicion del mundo sea menos sensible en el órden social, ha dado la preferencia á su voluntad al disponer de su fortuna para despues de su muerte, sobre la distribucion que hace la ley en defecto de esta voluntad, é interprétandola en cierto modo. Mas al mismo tiempo ha tenido que establecer reglas, tanto para evitar los fraudes con que podria suplantarse la voluntad de un testador, como para contener á este en ciertos límites, á fin de que no se convierta en arma ofensiva la que para la mas natural conservacion de la sociedad se le habia concedido.

Muchos autores introducen la cuestion del orígen de la facultad de testar, y no titubean algunos en atribuirla al derecho de gentes, esto es, en su nomenclatura, á la razon natural, que se explica del mismo modo en todos los pueblos, ó á los principios universales, que existiendo por do quiera, han venido á establecer ciertas relaciones jurídicas generales. No entraré en el exámen detenido de esta contienda, pero cumple á mi propósito desechar una opinion que pudiera servir de fundamento para disputar á la sociedad civil el derecho de imponer ciertas restricciones á los abusos que la facultad ilimitada de testar traeria consigo. La muerte rompe los vínculos de la propiedad; solo la ley civil puede renovarlos; sin su intervencion los bienes, viniendo por la muerte de su dueño á ser una cosa *nullius*, serian del primero que los ocupara, y de este modo volverian la incertidumbre, el azar y otros graves males, que los progresos del estado social han hecho desaparecer: la sucesion, pues, testada é intestada, es meramente creacion de la ley, que le ha dado vida, forma y aplicacion. Esto admite todavía mayor demostracion considerando que la sucesion solo puede sostenerse á la sombra de ficciones, por las que se supone que el tiempo del otorgamiento del testamento, cuando es testada, el de la muerte y el de la adicion de la herencia, se reputan un mismo momento, ficciones que repugnan á la sencillez del derecho universal de nuestra especie. La voluntad puede expresarse ó en testamento ó en codicilos. *Testamento*, en el sentido riguroso que el derecho romano dá á esta palabra, es la *disposicion solemne de la última voluntad en que se instituye un heredero directo*: las demás disposiciones por última voluntad se llaman *codicilos*. No adopto las definiciones que del testamento dan Ulpiano (1) y Modestino (2), insostenibles despues de la validez de los codicilos.

1 Sed ut nihil antiquitatis penitùs ignoretur, sciendum est, olim quidèm duo genera testamentorum in	Para que no se ignore nada de la antigüedad debe advertirse que primitivamente habia en uso dos cla- 1

(1) §. 1, tit. XX de sus Reglas.
(2) Ley 1, tit. I, lib. XXXVIII del Dig.

usu fuisse, quorum *alteró in pace et in otió* utebantur, quod calatis comitiis appellabant, alterô, cum in prælium exituri essent, quod *procinctum* dicebatur. Accessit deindè tertium genus testamentorum, quod dicebatur *per æs et libram*, scilicêt, quia per emancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem, agebatur, quinque testibus et libripende, civibus Romanis puberibus, præsentibus, et eô, qui familiæ emptor dicibatur. Sed illa quidêm priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus *in desuetudinem abierunt* (*a*); quod verò per æs et libram fiebat, licêt diutiûs permansit, attamen *partim* et hoc *in*
2 *usu esse disiit*. Sed prædicta quidêm nomina testamentorum *ad jus civile* referebantur. Posteà verò ex edictô prætoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est: jure enim honorariô *nulla emancipatio* desiderabatur, sed *septem testium signa* sufficiebant, cum jure civili signa testium non erant (*b*), necessa-
3 ria. Sed cum paulatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus, *cœpit in unam consonantiam* jus civile et prætorium jungi, constitutum est, ut *uno eodemque tempore* (quod jus civile quodammodô exigebat) *septem testibus adhibitis*, et *subscriptione* testium (quod ex constitutionibus inventum est), et (ex edicto prætoris) signacula testamentis imponerentur: ut hoc jus *tripertitum* esse videatur, ut testes quidem *et eorum præsentia* unô contextu testamenti celebrandi gratiâ à jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edictò prætoris (*c*). Sed his omnibus ex nostrâ constitutione, prop-

ses de testamento: uno que se hacia en la paz y en el reposo, que llamaban *calatis comitiis*; el otro al ir al combate que denominaban *procinctum*. Vino despues á agregarse á estos otra tercera clase, llamada *per æs et libram*, que se hacia por la mancipacion, esto es, por una venta fingida en presencia de cinco testigos y del libripende, los cuales debian ser ciudadanos romanos púberos, y del que llamaban comprador de la familia. Mas desde los tiempos antiguos los dos primeros modos de testar cayeron en desuso (*a*), y el testamento *per æs et libram*, aunque duró por mas tiempo, dejó sin embargo de estar en uso en algunas de sus partes. Las dichas formas de 2
testamentos se referian al derecho civil: el edicto del pretor introdujo otra. El derecho honorario no requeria mancipacion, sino que reputaba bastantes los sellos de siete testigos, formalidad que no era necesaria por derecho civil (*b*). Pero 3
como sucesivamente, tanto por la costumbre como por las reformas que hicieron las constituciones imperiales, comenzaron á fundirse en uno el derecho civil y el pretorio, se estableció que el testamento se hiciese en un solo y contínuo tiempo á la presencia de siete testigos (lo que el derecho civil exigia en cierta manera), los cuales debian suscribirlo (con arreglo á nuestras constituciones) y sellarlo (conforme al edicto del pretor). Así este derecho tiene tres orígenes: la necesidad de los testigos, y su presencia en un solo acto dimana del derecho civil: las suscriciones del testador y los testigos de las constituciones imperiales, y el sello y el número de testigos del edicto del pretor (*c*). A todas estas formalidades con el

ter testamentorun sinceritatem, *ut nulla fraus adhibeatur*, hoc additum est, ut per manum testatoris vel testium nomen hæredis exprimatur, et omnia secundum illius constitionis tenorem procedant (*d*).

objeto de garantir la verdad de los testamentos y de cortar fraudes, una constitucion nuestra ha añadido que el nombre del heredero debe estar escrito por mano del testador ó de los testigos: en todo deberá guardarse la expresada constitucion (*d*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§§. 101, 102, 103 y 104. Com. II de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano, (§. 6 del tít. XX de sus Reglas.)
(*c*) Conforme con una constitucion de los Emperador Teodosio y Valentiniano, (§. 21, tit. XXIII, lib. VI del Cód.)
(*d*) Esta constitucion es la ley 29, tít. XXIII, lib. VI del Cód)

Comentario.

Alterô in pace et in otiô.—Establecido como único principio el de la sucesion legítima de los agnados, y el órden gradual con que la familia civil debia venir á la herencia de los que finaban, era necesario que todas las alteraciones, ó mas bien las excepciones que se hicieran de esta regla, tuvieran el carácter de leyes, y que fueran adoptadas por el legislador. Si á esto se agrega la consideracion de que los romanos no reputaban como cosa de derecho privado la designacion de la persona que entraba á reemplazar á otra en las cosas sagradas y profanas, podrá conocerse cuál fué la razon de que los testamentos si hiciesen primitivamente en los comicios curiados. Estos comicios eran los *calados* ó convocados, porque *calare* quiere decir *vocare*, reuniones especiales del pueblo congregado por curias para determinar acerca de algunos puntos religiosos, y tambien en épocas periódicas para la confeccion de testamentos. Cayo (1) dice que con este último objeto eran convocados dos veces cada año, y en ellos á presencia y con autorizacion de todo el pueblo testaban los ciudadanos. De aquí provino el carácter de ley que tuvo en un principio el testamento.

Procinctum.—La palabra *procinctum*, segun Cayo (2), es el ejército armado y dispuesto á una espedicion: así el testamento *procinctum*, ó mas bien *in procinctu*, es el que se hacia á presencia del ejército armado y preparado para acometer alguna empresa. Podian hacerlo cuantos participaban de los peligros de la expedicion, puesto que el riesgo en que se hallaban, no les permitia esperar la convocacion semestral de los comicios. De esta solemne manera de testar

(1) §. 101, Com. II de sus Inst.
(2) §. 101, Com. II de sus Inst.

delante del ejército en armas, arranca el orígen de los testamentos militares, que como se verá mas adelante, tenian formas sencillas y eran privilegiados.

Per æs et libram.—Bien fuera por el esclusivismo que debía reinar naturalmente en los comicios curiados tan favorables á los intereses del órden patricio, ó mas bien por las dificultades de hacer los testamentos en asambleas que solo se convocaban al efecto dos veces cada año, lo que era causs de que se quedasen sin testar muchos que en peligros inminentes lo deseaban, ó bien en fin por la imposibilidad de testar en que se hallaban los ciudadanos fuera de Roma, lo cierto es que á los testamentos antiguos fué sucesivamente reemplazando por la costumbre el *per æs et libram* de que habla el texto, y que despues de las Doce Tablas vino á ser la única forma de testar. El testamento *per æs et libram* consistia en una venta imaginaria, semejante en sus ritos á la que he descrito al tratar de la adopcion y de la emancipacion. Aunque la herencia, esto es, el derecho de heredar, era una cosa incorporal, y por lo tanto *nec mancipi*, considerada como el patrimonio ó los bienes de alguno, *familia, pecunia*, era cosa *mancipi*, y de aquí es que le fué aplicada sin dificultad la fórmula de la mancipacion, encontrándose de este modo el medio de conciliar el rigor de los principios , y la conveniente y fácil libertad de testar. Intervenian en este caso, como en los demás citados, cinco testigos ciudadanos romanos, el libripende, y el comprador de la familia, *familiæ emptor*, que era el heredero, al cual ordenaba el testador lo que queria que hiciera despues de su muerte. Mas esto no dejaba de estar sujeto á inconvenientes: el comprador, atendido el rigor de los principios, adquiria un derecho irrevocable á la herencia, de que no podia ser despojado por el testador, el cual así quedaba ligado á no cambiar su última voluntad. Para ocurrir á esto se adoptó que la intervencion del comprador fuera solo de fórmula, y que el heredero estuviera instituido por escrito. Desde entonces el testamento *per æs et libram* se compuso de dos partes; de la mancipacion de la herencia y de la nuncupacion del heredero. Siguiéndose la forma antigua, que vino á ser una mancipacion imaginaria, el testador cogia en sus manos las tablas del testamento, diciendo: *Hæc uti in his tabulis cerisque scripta sunt,ità do, ità lego, ità testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*. Cayo, que nos ha transmitido estas palabras sacramentales (1), añade que se les daba el nombre de nuncupacion, y que *nuncupare* era *palàm nominare*. El nombre escrito en las tablas señalaba al heredero. Cuando las leyes decemvirales concedieron á todos los roma-

---

(1) §. 101. Com. II sus Inst.

nos padres de familia el derecho de testar, cesaron del todo los testamentos en los comicios calados, y permaneció la fórmula de la mancipacion.

In desuetudinem abierunt.—Cayo (1) usa de estas mismas palabras al hablar de los testamentos que se hacian en los comicios calados é *in procinctu*, de lo que se infiere que de muy antiguo habian desaparecido.

Partim in usu esse desiit.—Efectivamente en el testamento *per æs et libram,* como se ha visto, la mancipacion habia venido á ser meramente formularia.

Ad jus civile.—En todo este texto la frase *derecho civil* está contrapuesta á la de *derecho pretorio,* como á veces sucedia, segun se indicó al tratar en el Libro primero de los edictos de los pretores.

Nulla emancipatio.—El derecho pretorio, mas sencillo en sus fórmulas y mas provechoso en sus resultados, se desentendió de la mancipacion y de la nuncupacion, que intervenia en el testamento *per æs et libram.*

Septem testium.—Conservó el pretor el mismo número de personas que intervenian en el testamento *per æs et libram*; pero el libripende y el comprador de la familia despojados de su funciones vinieron á aumentar el número de testigos, por lo que eran siete en lugar de los cinco del testamento civil.

Signa.—Habíase introducido la práctica de poner sellos á las tablas del testamento con objeto de que ni pudieran ser leidas, ni alteradas sin que así apareciera: el pretor exigió como solemnidad esta precaucion, que el uso habia acreditado.

Conveniente reputo advertir aquí, que el testamento en que se observaban las formalidades exigidas por el pretor, atendido el derecho civil riguroso, no era válido, porque ni se habia vendido el patrimonio, ni habia pronunciado el testador las palabras solemnes de la nuncupacion: pero el pretor venia en su auxilio, y daba al heredero escrito la *bonorum possessio secundùm tabulas* (2). Cuando se trate de la sucesion en virtud de los edictos de los pretores, aparecerá con toda claridad esta doctrina.

Cœpit in unam consonantiam.—La práctica confirmada por las constituciones imperiales vino á formar una clase de testamento, en lugar de las que el derecho civil y el pretorio establecian respectivamente. Pondré aquí el conjunto de sus solemnidades con el objeto de presentar bajo un solo punto de vista noticias que esparcidas

(1) §. 105, Com. II de sus Inst.
(2) §§. 119 y 147 de las Inst. de Cayo

podrian parecer confusas y a las veces contradictorias. Los testamentos, considerados con relacion á sus formas, eran ó públicos ó privados. Lo públicos se podian hacer ó bien presentándolos al príncipe, *testamentum principi oblatum*, ó haciéndolos registrar ante una autoridad que tuviera jurisdiccion civil, *testamentum actis magistratus insinuatum*, ó remitiéndoselos escritos para su conservacion y custodia (1). Los testamentos privados podian ser orales, llamados nuncupativos, *per nuncupationem*, y escritos, *per scripturam*, unos y otros requerian solemnidades, de algunas de las cuales hay ciertas excepciones. De aquí provino que la forma exterior de los testamentos fuese ú ordinaria ó extraordinaria: la primera es la que se ajustaba á la regla general; la segunda se separaba de ella, añadiendo, quitando ó modificando alguna de las solemnidades ordinarias.

Como el método exige, empezaré hablando de las solemnidades de los testamentos ordinarios: estas ó son comunes á los testamentos escritos y nuncupativos, ó especiales á cada uno de ellos.

Son comunes á unos y otros testamentos la convocacion expresa, la asistencia y capacidad de siete testigos, la manifestacion del testador de que hace testamento y pide á estos que lo sean, y la unidad del acto (2).

Son peculiares al testamento escrito, el que ó lo esté de la mano del mismo testador, *testamentum holographum*, aunque no tenga la firma (3), ó el que siendo escrito por otro, *testamentum allographum* esté firmado ó reconocido por el testador á presencia de los testigos (4): en el caso de que el testador no pueda escribir por cualquiera causa, intervendrá un octavo testigo que firmará á ruego y en nombre suyo (5). Escrito el testamento debe el que lo hace presentarlo, y decir que esa es su voluntad á los testigos, los cuales han de poner su firma y sello. Mas si el testador quiere que permanezca secreta su voluntad, puede presentar su testamento cerrado á los testigos, diciéndoles que el contenido es su última voluntad escrita por su propia mano ó por la de otro, ó cerrarlo en el acto poniendo su firma sobre la carpeta, ó no sabiendo ó estando impedido para firmar, empleando un octavo testigo: los testigos firman tambien y ponen sus sellos en la cubierta (6).

En el testamento oral el testador declara su voluntad delante de los

---

(1) Ley 10, tít. XXIII, lib. VI del Cód.
(2) §§. 2 y 3 de la ley 21, tít. I, lib. XXXVIII del Dig.
(3) §. 1 de la ley 28, tít. XXIII, lib. VI del Cód.
(4) §. inicial de la ley 21, tít. XXIII, lib. VIII del Cód.
(5) §. 1 de la ley 28; y ley 29, tít. XXIII, lib. VI del Dig.
(6) §. inicial de la ley 21, tít. XXIII, lib. VI del Cód.

testigos en un idioma en que sea comprendido por todos (1). Aunque despues se reduzca á escritura con el objeto de poder probar su otorgamiento, no pierde su carácter de testamento nuncupativo, y el instrumento no requiere solemnidades especiales.

A los testamentos extraordinarios por su forma externa corresponden el del ciego, el de los que testan en el campo, el hecho en tiempo de peste, y el de los ascendientes en beneficio de sus descendientes.

Las leyes han exigido mayor precaucion en el testamento del ciego que en los demás. Si el testamento es nuncupativo, se redactará en presencia de los testigos por un oficial público, *tabularius*, requerido al efecto, el cual lo leerá despues al testador, y lo firmara y lo sellará con los testigos: en el caso de que otro lo hubiere escrito, lo leerá tambien el oficial público llenándose las demás solemnidades referidas (2). En defecto de oficial público se empleará un octavo testigo.

El testamento otorgado en el campo, *ruri testantes*, requiere solo cinco testigos, cuando no se halla un número mayor, y admite que unos firmen por otros, y aun que no lo haga ninguno cuando no saben escribir (3).

La circunstancia de la unidad del acto, *unô contextu*, está dispensada á los que testan durante una enfermedad pestilencial ó epidémica (4).

El testamento de ascendientes en beneficio de los descendientes, *parentum inter liberos*, no requiere, cuando es escrito, ni testigos ni otra solemnidad alguna, sino solo ó que esté escrito ó al menos firmado de mano del testador, y que contenga en su principio el año, el mes y el dia de su otorgamiento; y en el cuerpo el nombre de los herederos instituidos, poniéndose en letra la parte hereditaria de cada uno de ellos (5). Mas en este testamento ni podrá dejarse nada á una persona extraña, ni desheredarse ni darse tutor á los descendientes. Para hacer alguna de estas cosas se deberá recurrir á la forma ordinaria de los testamentos.

Unô eòdemque tempore.—Unò contextu, segun se dice mas abajo. Ulpiano (6) explica estas palabras, diciendo que no debe mezclarse en la confeccion del testamento ningun acto ajeno á su otorgamiento.

---

(1) §. 14 de este título.
(2) Ley 8, tít. XXII, lib. VI del Cód., y novela 69 del Emperador Leon.
(3) Ley 31, tít. XXIII, lib. VI del Cód.
(4) Ley 8, tít. XXII, lib. VI del Cód.
(5) Capítulo 1 de la novela 107.
(6) §. 3 de la ley 21, tít. I, lib. XXVIII del Dig.

La unidad del acto no se reputa interrumpida por un accidente natural y breve, que ocurra al testador ó á alguno de los testigos (1). El orígen de esta solemnidad dimana de las antiguas formas de los testamentos civiles, pues que tanto en el que se hacia ante los comicios calados, como en el *per æs et libram*, era indispensable requisito la unidad del acto. La interrupcion en los comicios, ó bien fuese por no ser favorables los agüeros, ó bien por la intercesion de un tribuno de la plebe, ó por cualquier otra causa, invalidaba los actos que la habian precedido. Conviene advertir que el acto civil de la mancipacion tampoco admitia interrupciones.

Quodammodò.—Esta limitacion se refiere, en mi concepto, á la variacion hecha en el número de testigos.

Septem testibus.—Los pretores, segun se ha visto, adoptaron este numero de testigos, para que fuera igual el número de personas que intervenian en el testamento pretorio y en el civil *per æs et libram.*

Adhibitis.—No solamente se requeria el número de siete testigos, sino que debian ser convocadas al intento, *rogati*, solemnidad heredada tambien de los comicios. Mitigado el primitivo rigor de las fórmulas, esto se limitó á que los testigos fueran advertidos de que iben á serlo de un testamento, aunque se hubiesen reunido con otro objeto (2).

Suscriptione.—Esta solemnidad es privativa de los testamentos escritos en los términos que quedó antes expuesto.

Tripertitum—De aquí ha provenido que algunos autores den el nombre de *tripertitum* á esta forma de testamento.

Eorum præsentia.—No solo deben estar presentes los testigos, sino tambien ver al testador para evitar los fraudes á que daria lugar lo contrario (3).

Nulla fraus adhibeatur.—No debió corresponder mucho esta innovacion á las esperanzas concebidas al formarse las Instituciones, cuando el mismo Justiniano la suprimió despues (4).

5 Possunt autem testes omnes et unô anulô signare testamentum (quid enim, si septem anuli unâ sculpturâ fuerint?), secundùm quod Pomponio visum est. Sed et alienô quoquè anulô licet signare.

Todos los testigos pueden sellar el testamento con el mismo anillo. ¿Ni qué podria objetarse, como dijo Pomponio, en caso de que los siete anillos tuviesen un mismo grabado? Puede tambien sellarse el testamento con anillo ajeno. 5

(1) Ley 28 y tít. XXIII, lib. VI del Cód.
(2) §. 3 de la ley 1, tít. CXI, lib. XXVIII del Dig.
(3) Ley 9, tít. XXIII, lib. VI del Cód.
(4) Capítulo 9 de la novela 119.

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 2, ley 21, tít. I, lib. XXVIII del Dig.)

7 *Testes* autem *adhiberi posunt* hi
cum quibus testamenti factio est.
Sed neque *mulier*, neque *impubes*,
neque *servus*, neque *mutus*, neque
surdus, neque *furiosus*, nec *cui bo-*
nis interdictum est, nec is, quem
leges jubent *improbum intestabi-*
lemque esse, possunt in numerô
7 testium adhiberi (*a*). Sed cum ali-
quis ex testibus *testamenti* quidèm
faciendi tempore liber existimaba-
tur, posteà verò servus apparuit,
tàm divus Hadrianus Catonio Vero,
quàm posteà divi Severus et Anto-
ninus rescripserunt, subvenire se
ex suâ liberalitate testamento, ut
sic habeatur, atque si, ut oportet,
factum esset, cum eô tempore, quô
testamentum signaretur, omnium
consensu hic testis liberorum lo-
co fuerit, nec quisquam esset, qui
ei status quæstionem moveat (*b*).
8 Pater, nec non is, qui in potestate
ejus est, itèm duo fratres, qui in
ejusdem patris potestate sunt, utri-
que testes in unum testamentum
fieri possunt: quia nihil nocet, ex
unâ domo plures testes *alieno ne-*
9 *gotio* adhiberi (*c*). In testibus autem
non debet esse, *qui in potestate*
testatoris est. Sed si filiusfamilias
de castrensi peculio post missionem
faciat testamentum, *nec pater ejus*
rectè *testis adhibetur*, nec is, qui
in potestate ejusdem patris est: re-
probatum est enim in eâ re domes-
10 ticum testimonium (*d*). Sed neque
hæres scriptus, *neque is, qui in po-*
testate ejus est, neque pater ejus,
qui habet eum in potestate, neque
fratres, qui in ejusdem patris po-
testate sunt, testes adhiberi pos-
sunt: quia totum hoc negotium,

Pueden ser empleados como tes- 6
tigos aquellos que tienen *testamenti-*
faccion, pero no la mujer, ni el
que no ha llegado á la pubertad, ni
el esclavo, ni el mudo, ni el sordo,
ni el furioso, ni aquel á quien se ha
quitado la administracion de sus
bienes, ni los que la ley declara in-
fames é indignos de testar (*a*). Cuan- 7
do uno de los testigos es reputado
como libre al tiempo de hacerse
el testamento, y aparece despues
que era esclavo, el testamento vale
segun un rescripto del Emperador
Adriano dirigido á Catonio Vero, y
otro de los Emperadores Severo y
Antonino, del mismo modo que
si se hubiese hecho como se debia,
porque en el momento en que se
selló el testamento el testigo era
reputado por todos como libre, y
ninguno suscitó cuestion acerca de
su estado (*b*). El padre y el que está 8
en su potestad, igualmente que dos
hermanos que están en potestad
de su padre, pueden ser testigos
en el mismo testamento, porque
nada impide emplear diferentes tes-
tigos de una misma casa para un
acto que les es extraño (*c*). Entre 9
los testigos no debe hallarse el que
está en potestad del testador. Si el
hijo de familias hace testamento acer-
ca del peculio castrense cuando ya
no militare, ni su padre ni el que
esté sometido á la potestad del mis-
mo padre, podrán ser empleados
válidamente como testigos, porque
la ley reprueba el testimonio domés-
tico (*d*). Ni el heredero instituido, 10
ni el que está en su potestad, ni el
jefe de su familia, ni los hermanos
que están en potestad del mismo pa-

quod agitur testamenti ordinandi gratiâ, *creditur hodiè inter hæredem et testatorem* agi. Licêt enim totum jus tale conturbatum fuerat, et veteres qui familiæ emptorem, et eos qui per potestatem ei coadunati fuerant, testamentariis testimoniis repellebant, hæredi, et his qui conjuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare, licet hi, qui id permittebant, hoc jure minimè abuti debere eos suadebant (*e*): tamen nos, eamdem observationem corrigentes, et, quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, meritò nec hæredi qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet, nec aliis personis, quæ ei, ut dictum est, conjunctæ sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodò testimonia præstare; ideôque nec hujusmodi veterem constitutionem nostro codici inseri permissimus.

dre pueden ser empleados como testigos, porque hoy se considera el testamento como un acto que pasa absolutamente entre el testador y el heredero. Y aunque este derecho se habia variado, y los antiguos rechazaban admitir en los testamentos como testigo al comprador de la familia y á los que estaban ligados á él por potestad, al mismo tiempo que admitian el testimonio del heredero y de las personas que le estaban unidas por igual vínculo, si bien aconsejándoles que no abusasen nunca de este derecho (*e*), sin embargo, nosotros, corrigiendo este uso, y transformando el consejo en una necesidad legal, á imitacion de lo que sucedia con el comprador de la familia, no permitimos dar testimonio al heredero, que representa verdaderamente al comprador primitivo, ni á las personas que le están unidas en los términos referidos; y por lo tanto no hemos querido insertar en nuestro Código la antigua constitucion acerca de esta materia.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§§. 2, 7 y 8, tít. XX de sus Reglas.)
(*b*) Conforme con una constitucion del Emperador Adriano. (Ley 1, tít. XX, lib. VI del Cód.)
(*c*) Tomado de Ulpiano. (§. 6, tít. XX de sus Reglas.)
(*d*) Tomado de Cayo. (§§. 105 y 106. Com. II de sus Inst.)
(*e*) Conforme con Cayo. (§§. 175, 106 y 108. Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Testes adhiberi possunt.—Para la completa inteligencia de este párrafo es menester recurrir á las antiguas solemnidades de los testamentos.

Cum quibus testamenti factio est.—Los intérpretes han dividido la *testamentifaccion* en activa y pasiva, esto es, en la facultad de testar y en el derecho de ser instituido heredero.

Algunos han aplicado las palabras del texto á la *testamentifaccion* activa, otros á la pasiva, y otros finalmente á ambas. Basta para con-

vencer de la inexactitud de estas opiniones el ejemplo de la mujer, que, gozando á la vez de la facultad de testar y del derecho de ser instituida heredera, no podia ser empleada como testigo en el testamento. No tendria inconveniente en adoptar la opinion de Heineccio, que explica la palabra *testamentifaccion* de este párrafo por la antigua formacion del testamento en los comicios calados, si lo consintiera la autoridad de Ulpiano (1), el cual dice, que con los Latinos Junianos habia *testamentifaccioa*, y es sabido que estos ninguna participacion tenian en los comicios. Paréceme mas fundada, y quizá la única admisible, la explicacion de Ortolan, que adopto, y que me guiará en la exposicion de los diferentes casos que el texto comprende. La palabra *testamentifaccion* alude al testamento *per æs et libram* en su primitiva forma, esto es, cuando el mismo heredero era el comprador de la familia. Tanto este como el libripende y los testigos concurrian simultáneamente á la formacion del testamento, segun queda dicho; y como este acto era una mancipacion, necesario se hacia que tuvieran el derecho de participar de ella en el respectivo carácter que desempeñaban: la condicion general que se exigia á todos era que disfrutasen del *commercium*; el lugar que cada uno tenia en la mancipacion le imponia condiciones especiales.

Mulier, impubes, servus.—A las razones generales que aconsejan que la mujer no tenga participacion en ciertos actos civiles, en que se pueden cometer fraudes quo no alcance á descubrir su inexperiencia, se agrega que no podia ser admitida como testigo en el acto público y solemne de la mancipacion: á esto no obsta que pudiera serlo en los juicios, porque entonces no prestaba un ministerio, sino solo deponia de cosas de que tenia conocimiento (2); lo mismo es aplicable á los impúberos y á los esclavos.

Mutus, surdus, furiosus.—Ni el furioso, ni el mudo, ni el sordo podian ser testigos en el testamento *per æs et libram:* el furioso, porque la ley le consideraba incapaz de razon á no ser en los lúcidos intervalos; el mudo, porque no podia dar testimonio: el sordo, porque no podia oir las fórmulas de la mancipacion de la herencia y de la nuncupacion del heredero.

Cui bonis interdictum est.—El que por su prodigalidad estaba privado de la administracion de sus bienes, no podia ser testigo en el testamento *per æs et libram* por carecer del *commercium*, que como he dicho, era indispensable en todos los que por cualquiera concepto intervenian en la mancipacion.

---

(1) §. 4, tit. XIX de sus Reglas.
(2) §. 6 de la ley 20, tit. I, lib. XXVIII del Dig.

Improbum intestabilemque.—Entiéndese por *intestable* aquel que ni podia testar, ni dar testimonio, ni gozaba del derecho de poder compeler á los demás á darle (1). Lo eran los condenados por libelos infamatorios (2), por concusion (3), por adulterio (4), por apostasía, y por herejía (5).

Cuando se trata de la *testamentifaccion* considerada con relacion al heredero, ampliaré mas algunos de los puntos que expongo en este comentario.

Testamenti faciendi tempore.—La capacidad legal de los testigos se estima respecto al tiempo de hacerse el testamento: su inhabilidad posterior en nada debilita el testimonio. El texto habla del que teniendo incapacidad para ser testigo, fué sin embargo considerado idóneo por error de hecho, y decide á favor del testamento, con tal que este concepto equivocado fuese general en la opinion pública, *omnium consensu.* Extensivo es lo que se dice del esclavo á los demás errores de hecho respecto á la calidad de los testigos: los de derecho anularian el testamento, puesto que no aprovecha la alegacion de su ignorancia.

Alieno negotio.—No es especial esta doctrina á los testamentos, sino comun á todos los negocios ajenos (6).

Qui in potestate testatoris est.—Despues de haber hablado de las incapacidades absolutas de los testigos, pasa el Emperador á tratar de algunas relativas. Este párrafo se refiere á la inhabilidad por razon de la potestad: fúndase su doctrina en que todos los individuos de la familia, en lo tocante al derecho privado, eran reputados como una sola persona, y que se consideraban como co-propietarios del patrimonio paterno, á lo que era consiguiente que no pudieran dar testimonio entre sí mismos. Esta prohibicion se limitaba á la familia civil; los vínculos de la sangre por sí solos no impedian el testimonio.

De castrense peculio.—El hijo de familia, como antes se ha dicho, era considerado como padre de familia en cuanto se referia al peculio castrense; podia por lo tanto testar.

Post missionem.—Mientras el hijo estaba en el ejército gozaba de la facultad de hacer testamento militar, el cual, como se verá mas adelante, estaba exento de fórmulas, y solo requeria para su vali-

---

(1) §. 1 de la ley 18, y ley 22, tít. I, lib. XXVIII del Dig.
(2) §. inicial de la ley 21, tít. V, lib. XXII del Dig.
(3) §. inicial de la ley 15, tít. X, lib. XXII del Dig.
(4) Ley 14 del mismo título y libro.
(5) Ley 3, tít. VII; y ley 4, tít. V, lib. I del Dig.
(6) Ley 17, tít. V, lib. XXII del Dig.

dez la prueba de su otorgamiento. Por esto se limita el texto á hablar del testamento que el hijo de familias hacia con las formalides ordinarias despues de salir del servicio.

Nec pater ejus testis adhibetur.—Aunque el hijo de familias era considerado como padre de familia en lo relativo al peculio castrense perteneciéndole exclusivamente los bienes de este, subsistia el vínculo de la potestad en todos los demás efectos. Por esta última consideracion, sin duda, el texto excluye en su testamento el testimonio paterno, y el de cualquier otro individue sometido á la potestad del mismo padre; pero Justiniano, al copiar las Instituciones de Cayo (1), se olvidó de que en el Digesto (2) habia adoptado la opinion de Ulpiano, que siguiendo á Marcelo establece la doctrina opuesta.

Neque is, qui in potestate ejus.—El mismo principio del vínculo de la familia civil que hacia considerar á todos sus individuos como una sola persona, es el que preside á las inhabilidades respectivas de que habla el texto.

Creditur, hodiè inter hæredem et testatorem.—En el testamento *per æs et libram* el comprador de la familia ocupaba primitivamente el lugar de heredero, por lo cual las incapacidades de ser testigos debian referirse á él y á su familia. Cambiado esto, é interviniendo el comprador despues solo por fórmula, parecia que el testimonio del heredero, que era el que estaba escrito en las tablas, como queda dicho, debia ser desechado igualmente que el de su familia. Sin embargo, atendidos los principios rigurosos del derecho civil era subsistente, aunque los jurisconsultos, y especialmente Cayo (3), aconsejaban que no se empleara. Las fórmulas nuevas del testamento hacian insostenible esta doctrina: Justiniano, aboliéndola, obedeció á lo que reclamaban las necesidades y las fórmulas de su época.

11 Legatariis autem et *fideicommissariis*, quia *non juris succesores* sunt, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus imò in quâdam *nostrâ constitutione* et hoc specialitèr concessimus, et multò magis his, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate hujusmodi licentiam damus:

No negamos la facultad de ser testigos á los legatarios y fideicomisarios, porque no son sucesores en todos los derechos del difunto, como tampoco á las demás personas con quien están unidos; por el contrario, se la concedemos expresamente en una de nuestras constituciones, y con mayor razon á aquellos que están ó que los tienen en su potestad. 11

(1) §. 106 Com. II de sus Inst.
(2) §. 2 de la ley 20, tit. I, lib. XXVIII.
(3) § 105 Com. II de sus Inst.

ORIGENES.

Conforme con una constitucion del Emperador Zenon. (Ley 22, tít. XXIII, libro VI del Cód.)

Comentario.

Fideicommisariis.—Entiéndese el texto de los fideicomisarios singulares, porque los universales, segun se verá mas adelante, son reputados como herederos.

Non juris successores.—Los legatarios y los fideicomisarios singulares son sucesores *in singulas res*, y no tienen representacion jurídica, ni continúan la persona del finado. Aunque interesados en la subsistencia del testamento, no lo están inmediata y fuertemente como el heredero, y por eso la ley ha creido que sin peligro podia emplear su testimonio. Sin embargo de que esta decision está sujeta á fundadas objeciones, no deja de hablar en su favor la circunstancia de emplearse comunmente á amigos como testigos en los testamentos, á los cuales en otro caso habria que privarles, ó del derecho de ser testigos, ó de las pruebas de afecto que pudiera darles el testador. Por otra parte, el considerable número de testigos que se emplean en los testamentos, parece que en cierto modo hace desaparecer el peligro que la parcialidad de un legatario ó fideicomisario, tambien testigo, pudiere hacer recelar.

Nostrâ constitutione.—No se encuentra esta constitucion en el Código.

12 Nihil autem interest, testamentum *in tabulis*, an in chartis membranisve, vel in aliâ materia fiat (*a*).
13 Sed et unum testamentum *pluribus codicibus* conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis. Quod interdum et necessarium est, si quis navigaturus et secum ferre, et domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminent (*b*).

Poco importa que el testamento esté escrito en tablas, en papel, en pergamino ó en cualquiera otra materia (*a*). Se puede escribir tambien un mismo testamento en diversos códices, con tal que se observen en cada uno las fórmulas requeridas. Esto puede ser algunas veces necesario, por ejemplo, si alguno, al emprender una navegacion quiere llevar consigo y al mismo tiempo dejar en su domicilio la declaracion de su última voluntad, ó si se mueve á ello por otras causas diferentes (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial, ley 1, tít. XI, lib. XXXVII del Dig.)
(*b*) Conforme con Florentino. (Ley 24, tít. I, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

In tabulis.—Sin entrar en investigaciones arqueológicas acerca de la materia usada para extender los testamentos, diré que primitivamente se escribian estos en cera derretida sobre unas tablas de madera con un punzon, *stylus*, primero de hierro y despues de hueso. De aquí provino llamar á los testamentos *tabulæ* y *ceræ*, como ya ha habido ocasion de observar.

Pluribus codicibus.—Diferentes originales, no simples copias de un mismo testamento: el objeto es que en el caso de perecer uno, otro subsista, y así tenga cumplido efecto la postrimera voluntad. Por esto requiere cada uno de los ejemplares el completo de solemnidades, pues que de otro modo no podrian llenar el fin para que se hizo. Es claro que no producirian iguales efectos las copias que del testamento se sacaran.

14 Sed hæc quidêm de testamentis quæ in scriptis conficiuntur. Si quis autem voluerit *sine scriptis* ordinare *jure civili* testamentum, septem testibus adhibitis, et suâ voluntate corâm eis nuncupatâ, sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.

Lo dicho pertenece á los testamentos hechos por escrito. Mas si alguno quisiere ordenarlo sin escritura segun el derecho civil, hará un testamento perfecto y válido, llamando siete testigos y expresando delante de ellos su voluntad. 14

ORIGENES.

Conforme con una constitucion del Emperador Gordiano. (Ley 2, tít. XI, libro VI del Código.)

Comentario.

Sine scriptis.—Este testamento es el oral, llamado comunmente *nuncupativo*, de cuyas formalidades he hablado al comentar el párrafo tercero del presente título.

Jure civili.—El derecho pretorio y las constituciones de los Emperadores no introdujeron en el testamento nuncupativo las reformas de que fué objeto el escrito; por el contrario, se sabe que conservó siempre su carácter primitivo, si bien, suprimida la fórmula de la mancipacion, dejaron de intervenir las funciones del comprador de la familia y del libripende, que se convirtieron en testigos y completaron el número de siete, ante los cuales debia el testador hacer la nuncupacion del heredero. Este modo de testar no fué sin embargo tan usado como el de escritura.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Menos solemne, menos ritual el derecho español al fijar las formalidades externas del testamento, se separa notablemente de las leyes romanas, consultando con no menos eficacia á la voluntad de los testadores y al alejamiento de los fraudes con que puede adulterarse, y dando mayor facilidad á su otorgamiento.

En el número y en la calidad de los testigos busca nuestra ley la garantía de la integridad de las últimas voluntades. Divididos tambien los testamentos en escritos ó nuncupativos, á que solemos dar los nombres de *cerrados* y *abiertos*, exigen distintas solemnidades segun su diferente naturaleza. De ellas no están dispensados los hechos en tiempo de enfermedades pestilenciales y entre ascendientes y descendientes.

El testamento nuncupativo ó abierto puede ser otorgado de cuatro modos diferentes: con escribano y á presencia de tres testigos vecinos del lugar en que se hace; sin escribano, pero con cinco testigos de la misma vecindad; con tres testigos solamente que tengan la calidad de vecinos, cuando no hay cinco con esta circunstancia en el pueblo, ni escribano; con siete testigos aunque no sean vecinos, y sin necesidad de la intervencion de escribano (1).

Para el testamento escrito ó cerrado se requiere concurrencia de un escribano y de siete testigos: el testador les presenta cerrada su última disposicion, y el testimonio de ellos se limita al otorgamiento ó á la escritura de la cubierta que lleva las firmas del testador, de los testigos, y el signo del escribano. Cuando el testador no puede, ó alguno de los testigos no pueden ó no saben firmar, deben hacerlo unos por otros.

Los testamentos abiertos que no están otorgados con intervencion de escribano, y todos los cerrados, deben ser reducidos á escritura pública. En los testamentos abiertos, el juez lo determina á instancia de cualquiera de los agraciados en él (2). Por lo que respecta á los cerrados, tiene derecho de pedir su apertura el que presume que le deja algo el testador. El juez en virtud de esta instancia manda que le presenten el testamento, señalando plazo para que lo verifique el que lo tiene en su poder si se hallare ausente: sin necesidad de esta esci-

(1) Ley 1, tit. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Ley 4, tít. II, Part. VI.

tacion y precepto, el que guarda un testamento cerrado está obligado á presentarlo en el término de un mes despues de la muerte del testador, perdiendo por su omision lo que le dejare, ó si nada debia recibir del testamento incurriendo en una pena pecuniaria y en la indemnizacion de los perjuicios (1). Llamados los testigos y escribano ante el juez, reconocen sus firmas y signo respectivamente: los ausentes serán requeridos al efecto: pero su falta no impedirá la apertura del testamento, que, en el caso de hallarse fuera la mayor parte, se efectuará ante personas de probidad, haciendo el reconocimiento los testigos á su regreso: en lugar de los testigos que hubieren fallecido se emplearán otros de abono. El juez debe abrir y leer ó hacer leer el testamento: firmarán los testigos sin que sea obstáculo para proceder á su apertura el que niegue alguno de ellos que es suya la firma; pero deberá ser respetada la voluntad del testador que hubiere prohibido que se abra hasta tiempo determinado alguna parte de su disposicion. Despues de observadas estas formalidades se protocoliza el testamento, quedando así reducido á instrumento público.

El testamento cerrado hecho en poblaciones rurales de escasos moradores tendrá fuerza si está firmado por cinco testigos (2). Del otorgado por el ciego hablaré mas adelante.

En España tenemos además otro modo peculiar de testar, á saber, por procurador. No puedo encomiarlo, porque no reconozco en él ventajas, sino que por el contrario lo hallo rodeado de inconvenientes, de fraudes y de incoherencias, que no se evitan ni aun con los límites á que la ley reduce las facultades del apoderado. Este recibe su autoridad de un poder que tiene las mismas solemnidades que los testamentos, y que es revocable como ellos: la última voluntad otorgada por camino tan tortuoso se llama *testamento por comisario*. Están autorizados para conferir este poder todos los que tienen derecho de testar, y para ser comisarios los que legalmente pueden ser apoderados de otro (3). No necesita el testador limitarse á nombrar uno solo, sino que puede designar dos ó mas: si alguno de ellos renuncia, se refunde el poder en los otros, y en caso de discordia prevalece la opinion de la mayor parte, decidiendo, cuando hay empate, el juez del lugar del poderdante (4).

El comisario que está en el pueblo en que se otorga el poder tiene cuatro meses de término para cumplir su cargo: hallándose fuera de

---

(1) Leyes 1, 2, 3 y 6, tít. II, Part. VI, y ley 5, tít. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Leyes 3 y 6, tít. XI, Part. VI.
(3) Ley 7, tít. V, lib. III del Fuero Real; y ley 8, tít. XIX, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Ley 7, tít. XIX, lib. X de la Nov. Rec.

él se extiende el plazo á seis meses y á un año estando en el extranjero; no puede alegarse ignorancia para continuar en la comision despues de cumplidos estos términos fatales.

Cuandó el poder se confiere en términos generales, las facultades del comisario se limitan á pagar las deudas del testador, distribuir el quinto por su alma y dar lo demás á las personas llamadas á la sucesion intestada; mas para poder desheredar, mejorar, sustituir y nombrar tutores necesita tener expresadas estas facultades, lo mismo que para instituir heredero, en cuyo caso le ha de estar tambien designada la persona á quien ha de nombrar. Si el poderdante despues de haber instituido heredero, diere solo la facultad para concluir el testamento, se limita la autorizacion del comisario á disponer del quinto en los términos que he expuesto, pero nunca podrá revocar ni en todo ni en parte el testamento otorgado por su principal, á no ser que estuviese facultado expresamente para ello (1). Los señalamientos ciertos y determinados que hace el testador y que oportunamente no cumple el comisario, se tienen por hechos.

Una vez que el comisario haya hecho testamento, no puede revocarlo ni reservarse esta facultad. Si por cualquiera causa no cumple con su cometido, los bienes irán á los herederos legítimos, quienes, si no son descendientes, deberán emplear la quinta parte en favor de su alma, á lo que podrán ser compelidos judicialmente, hallándose establecida la efecto una accion popular (2).

Respecto de los testigos solo debo añadir que no lo pueden ser los descendientes y ascendientes en sus testamentos respectivamente, ni el heredero y sus parientes dentro del cuarto grado en la última voluntad en que se ha hecho la institucion (3).

TITULUS XI.

De militari testamento.

TITULO XI.

Del testamento militar.

Al hablar de los testamentos, que por su forma exterior son extraordinarios, pude comprender el militar el cual, mas que ningun otro, está dispensado de las solemnidades que las leyes exigen en los comunes. Pero siguiendo el método del Emperador, que les consagra este título, he dejado de hablar de ellos en el anterior á no ser incidentalmente.

---

(1) Leyes 1, 2, 3, 4, 5 y 6, tít. XIX, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Ley 3, tít. XIX; y ley 13, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec.
(3) Ley 14, tít. XVI, Part. III; y ley 11, tít. I, Part. VI.

En el título que precede al referir los antiguos modos de testar, se ha visto que al lado del testamento que se otorgaba en los comicios calados habia otro *in procinctu*, que se hacia á presencia del ejército armado y dispuesto á una expedicion. Este testamento no debe confundirse con el militar, ó nacido bajo los Emperadores cuando la milicia mercenaria habia reemplazado á la elegida, que es el de que se habla en este título, si bien bajo cierto aspecto puede mirarse como su orígen.

Supradicta diligens observatio in ordenandis testamentis, *militibus, propter nimiam imperitiam, constitutionibus principalibus* remissa est. Nam quamvis hi neque legitimum numerum testium adhibuerint, *neque aliam* testamentorum *solemnitatem* observaverint, recèt nihilominùs testantur (*a*), videlicet cum in expeditionibus occupati sunt: quod meritò *nostra constitutio induxit.* Quoquô enim modô voluntas ejus suprema, *sive scripta* inveniatur, sive *sine scripturâ*, valet testamentum ex voluntate ejus (*b*). Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum necessitatem, in aliis locis vel in suis sedibus degunt, minimè ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, etsi *filiifamilias* sunt, *propter militiam* conceduntur, jure tamen communi, eâdem observatione et in eorum testamentis adhibendâ, quam et in testamentis *paganorum* proximè exposuimus (*c*).

La observancia rigorosa de las formas en la ordenacion del testamento, de que hemos hablado, se dispensa á los militares, por las constituciones imperiales á causa de su excesiva impericia. Por lo tanto, aunque no empleen ni el legítimo número de testigos, ni observen las demás formalidades requeridas, será válido su testamento (*a*) mientras estén ocupados en expedicion, como nuestra constitucion justamente ha introducido. Así, de cualquier manera en que conste su última voluntad, bien sea por escrito, ó bien sin escrito, el testamento vale por el efecto solo de esta voluntad (*b*). Mas en los intermedios, en que están en sus casas, ó en otra parte fuera de expedicion, no les es permitido reclamar semejante privilegio. Pero aunque sean hijos de familia, pueden testar por razon de la milicia, pero observando las formas del derecho comun que hemos expuesto al hablar de los testamentos de los demás ciudadanos (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 100, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 10 del tít. XXIII de sus Reglas.)
(*c*) Conforme con una constitucion suya, (Ley 17, tít. XXII, lib. VI del Dig.)

Comentario.

Supradicta diligens observatio.—Se refieren estas palabras á las fórmulas solemnes y rigurosas que se requieren en los testamentos

comunes, y de que habla el Emperador en todo el título que antecede.

Propter nimiam imperitiam.—Con razon los intérpretes atacan como falso el motivo en que Justiniano funda este privilegio. Si á la impericia se atendiera solamente, deberia concederse igual favor á los rústicos y á las mujeres, y á los mismos soldados, cuando no estuvieran en expedicion ó en campamentos. Los privilegios que sucesivamente los Emperadores aglomeraron sobre los soldados, y el peligro en que estos se hallaban con frecuencia, no dando lugar á las fórmulas solemnes de los testamentos, fueron los orígenes de esta excepcion.

Constitutionibus principalibus.—El testamento militar nació con el Imperio: Julio César lo concedió solo temporalmente, confirmáronlo Tito y Domiciano, y despues fué establecido como regla general por Nerva y por Trajano.

Neque aliam solemnitatem.—El testamento militar desecha todas las formalidades, contentándose solo con que conste la voluntad del testador de un modo indubitable.

Nostra constitutio induxit.—No se halla esto conforme con lo que se lee en una constitucion del Emperador Antonino (1), y en otra de Constantino (2), las cuales suponen ya limitado el privilegio de hacer testamento militar á los soldados en expedicion.

Sive scripta.—Notables son las palabras del Emperador Constantino (3) al hablar del testamento escrito de los que militan: *Si quid in vaginâ aut clypeo litteris sanguine suo rutilantibus annotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio suo ipso tempore, quo in prœlio vitæ sortem derelinquunt, hujusmodi voluntatem stabilem esse oportet.* Solo se requeria que constase efectivamente que el escrito era del soldado.

Sine scripturâ.—Ninguna solemnidad exigia el testamento nuncupativo del soldado, sino solo que constase su otorgamiento: bastaba por lo tanto el testimonio de dos testigos que por regla general hacen prueba.

Filiifamilias, propter militiam.—Concedida la facultad de testar por la ley de las Doce Tablas solo al padre de familia, era necesario dar esta consideracion al hijo para que pudiera hacerlo de los bienes castrenses, como en otro lugar queda expuesto.

Paganorum.—Contrapuesta esta palabra á la de *milites*, comprende todos los que no son soldados. De aquí proviene la denomi-

---

(1) Ley 1, tit. XXI, lib. VI del Cód.
(2) Ley 15 del mismo título y libro.
(3) Ley 15 del mismo título y libro.

nacion de *testamento pagano*, que algunos dan al de derecho comun en oposicion al militar.

1 Planè de militum testamentis divus Trajanus Statilio Severo ità rescripsit. «Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquô modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utiquè priùs constare debeat testamentum factum esse, *quod et sine scripturâ à non militantibus* quoque fieri potest. Is ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, si, *convocatis ad hoc hominibus*, ut voluntatem suam testaretur, ità locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse hæredem, et cui libertatem tribuere, potest videri sine scriptô hoc modô esse testatus; et voluntas ejus rata habenda est. Ceterum si (ut plerumquè sermonibus fieri solet) dixit alicui: ego te hæredem facio, aut tibi bona mea relinquo; non oportet hoc pro testamentô observari. Nec ullorum magis interest, quâm ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admiti: alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit, et per hoc judicia vera subvertantur.»

El Emperador Trajano dirigió á Statilio Severo el siguiente rescripto acerca de los testamentos militares: «Este privilegio, concedido á los soldados de que valgan sus testamentos, cualquiera que sea la forma en que estén ordenados, debe ser entendido en términos de que conste primeramente que se ha hecho el testamento, el cual puede tambien ser otórgado sin escritura por los que no militan. Si, pues, el soldado acerca de cuyos bienes se ha entablado litigio ante tu persona, ha declarado su voluntad convocando testigos al efecto, y les ha manifestado quién queria que fuese su heredero, y á quién daba libertad, puede considerarse que ha hecho testamento sin escritura, y su voluntad debe ser sostenida. Pero si (como sucede frecuentemente en conversaciones) dice á alguno: yo te hago mi heredero ó te dejo mis bienes, esto no debe ser reputado como testamento. Ni á nadie interesa mas que á aquellos á cuyo favor se ha introducido este privilegio, que semejantes dichos no sean admitidos como testamento, porque de otro modo no seria difícil despues de la muerte de un soldado encontrar testigos que afirmaran haberle oido decir que dejaba sus bienes á ciertas personas de su agrado, y de esto modo se echaria por tierra la voluntad verdadera.» 1

ORIGENES.

Trasladado á imitacion de Florentino. (Ley 24, tít. I, lib. XXIV del Dig.)

Comentario.

Quod et sine scripturâ à non militantibus. — Los comentadores cuestionan acerca de la inteligencia de estas palabras, pretendiendo

algunos alterarlas á pesar de su conformidad en todos los códices. No veo semejante necesidad, pues que encuentro un sentido bastante claro conservándolas. En mi concepto quieren decir: así como los que no militan pueden hacer testamento nuncupativo con los formalidades prescriptas en el derecho, los que militan pueden testar tambien nuncupativamente, pero sin solemnidades.

Convocatis ad hoc hominibus.—Erróneo seria deducir de estas palabras que era necesaria la convocacion prévia de los testigos. La constitucion del Emperador Trajano, que aquí se cita, era un rescripto general, y si bien como tal obligaba en casos iguales, esto se limitaba á su parte dispositiva sin extenderse á la narrativa, en la que se referia la consulta á que contestaba. Para convecerse de la exactitud de esta interpretacion basta examinar todas las leyes que hablan del testamento militar, las cuales lo libertan de toda clase de solemnidades, y por lo tanto de esta, la mas sutil y la menos necesaria de todas.

2 Quinimò *et mutus et sordus* miles testamentum facere potest.

El soldado mudo ó sordo puede hacer testamento. 2

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (Ley 4, tít. I, lib. XXIX del Dig.)

Comentario.

Mutus et surdus.—No pudiendo los sordos y los mudos ni entrar ni permanecer en la milicia, es claro que el texto se limita á los que habiendo adquirido estos defectos con posterioridad, estaban en expectacion de la autorizacion para dejar el servicio: *ante causariam missionem in numeris manentem*, dice Ulpiano (1). Para que pudieran sin embargo hacer testamento, era requisito indispensable que diesen á comprender su voluntad. Este privilegio de capacidad que tenian los soldados, dejó de serlo cuando Justiniano lo hizo regla general, como mas adelante se verá.

3 Sed hactenùs hoc illis à principalibus constitutionibus conceditur, *quatenùs militant* et in castris degunt; post missionem verò veterani, vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure facere debent. Et quod in castris fece-

Pero las constituciones imperiales solo conceden este privilegio á los soldados en cuanto militan y viven en los campamentos. Así, los veteranos, despues de despedidos del servicio, ó los que aun militan si otorgan testamento fuera de sus campamentos, deben hacerlo si- 3

(1) Ley 4, tít. I, lib. XXIX del Dig.

rint testamentum, non communi jure, sed quomodò voluerint, *post missionem intra annum tantùm* valebit. Quid igitur, si intra annum quidèm decesserit, conditio autem hæredi adscripta post annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? et placet valere quasi militis.

güiendo las formas del derecho comun para todos los ciudadanos romanos: el mismo testamento que hicieren en el campo, no con arreglo al derecho comun, sino á su alvedrío, solo será valedero por un año desde que dejaren el servicio. ¿Qué sucederá si en el espacio del año ocurriese la muerte, pero despues de él se cumpliese la condicion impuesta al heredero? ¿Valdrá como testamento de un militar? La decision es que valdrá como tal.

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 10, tít. XXIII de sus Reglas.)

Comentario.

Quatenùs militant.—El soldado, solamente mientras lo es, y está en expedicion ó campamento, como antes dijo Justiniano, puede testar militarmente.

Post missionem intra annum tantùm.—Entiéndase esto cuando el soldado ha salido del servicio honrosamente ó por causas accidentales; no cuando ha sido despedido con ignominia, pues en este caso el testamento militar pierde su fuerza inmediatamente (1).

4 Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum, et miles factus et in expeditione degens resignavit illud et quædam adjecit sive detraxit, vel aliàs manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est, valere testamentum quasi *ex novâ militis voluntate.*

Si alguno antes de entrar en la milicia hizo testamento no arreglado á las formas legítimas, y siendo militar y estando en expedicion lo abrió y añadió ó quitó alguna cosa, ó de cualquier otro modo manifestó su voluntad como soldado de que queria que valiera, el testamento será válido como el hecho de nuevo por un soldado. 4

ORIGENES.

Conforme con Juliano. (§. 4, ley 20, t. III, lib. XXIX del Dig.)

Comentario.

Ex novâ militis voluntate.—Para que valga el testamento militar, es necesario que esté hecho por un soldado en expedicion ó en cam-

(1) Ley 26, tít. I, lib. XXIX del Dig.

pamento y que conste de un modo indudable su postrimera voluntad. El que testó antes de ser soldado, sin observar todas las formalidades del derecho, nada hizo: pero cuando es soldado y está en expedicion basta que de cualquier modo exprese su voluntad; así sucede en los casos que el texto expone, y que son por lo tanto, no la validacion de un testamento insubsistente antes, sino el otorgamiento de uno nuevo en los términos que el privilegio permite.

5 Denique et, si in arrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum ejus quasi militis ex novâ voluntate valet, nec videtur *capitis-diminutione* irritum fieri.

Finalmente, cuando un soldado se ha dado en arrogacion, ó siendo hijo de familia ha sido emancipado, su testamento vale como un nuevo testamento militar, y no se reputa que se ha hecho inútil por la capitis-diminucion. 5

ORIGENES.

Tomado de Marciano. (Ley 22, tít. I, lib XXIX del Dig.)

Comentario.

Capitis-diminutione. Cuando se trate de los modos por que los testamentos pierden su fuerza, se conocerá la diferencia que habia en el punto de que trata el texto entre los testamentos comunes y militares: aquí no conviene anticipar doctrinas que tienen lugar mas propio.

Antes de pasar á otra materia, creo útil á la unidad de las doctrinas añadir algunas cosas acerca de los testamentos militares, completando así este título, en el que casi se ha limitado Justiniano á hablar de las formas externas del testamento. El privilegio concedido á los soldados era extensivo tambien á libertarlos de las condiciones á que el derecho comun sujetaba las disposiciones internas de las últimas voluntades. Así podian instituir herederos á las personas incapacitadas por regla general para serlo (1); desheredar á sus hijos sin declaracion expresa (2), y sin que contra su testamento pudiera entablarse querella (3); morir en parte testados y en parte intestados (4); disponer de la herencia en codicilo (5), y emplear en legados toda la herencia (6): nada de lo cual era lícito á los que testaban por derecho comun, como aparecerá de los títulos siguientes.

(1) §. 2 de la ley 13, tít. I, lib. XXIX del Dig.
(2) §. 6, tít. XIII de este libro.
(3) Ley 9, tít. XXXIII, lib. III del Cód.
(4) Ley 6, tít. I, lib. XXIX del Dig.
(5) Ley 36 del mismo título y libro.
(6) Ley 12, tít. XXI, lib. VI del Cód.

6 *Sciendum tamen* est, quod, ad exemplum castrensis peculii, tam *anteriores leges*, quàm principales constitutiones *quibusdam* cuasi castrensia addiderunt peculia, et quorum quibusdam permissum erat, etiam in potestate degentibus, testari (*a*): quod nostra constitutio latiùs extendens, permisit omnibus, in his tantummodò peculiis, testari quidèm, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspectô, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent ignorare (*b*).

A imitacion del peculio castrense, tanto las leyes anteriores como las constituciones imperiales permitieron á ciertas personas tener un peculio cuasi-castrense, y otorgaron á algunos de los que lo tenian la facultad de testar, aunque estuvieran en potestad (*a*). Mas nuestra constitucion, extendiendo tal facultad, la ha otorgado solo por lo que respecta á estos peculios á todos, pero debiendo testar con arreglo al derecho comun. La lectura de esta constitucion manifiesta cuanto se refiere al derecho de que hablamos (*b*). 6

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§ 5, ley 3, tít. I, lib. XXXVII del Dig.)
(*b*) Dos constituciones de Justiniano se encuentran en el Código acerca de esto: la ley 37 del tít. XXVIII del lib. III, y la ley 12, tít. XXII, lib. VI.

Comentario.

Sciendum tamen est.—La doctrina de este texto se halla fuera del lugar que le correspondia, pues que es ajena al presente título.

Anteriores leges.—El peculio cuasi-castrense, como se ha dicho en otro lugar, fué introducido á imitacion del castrense en tiempo de los Emperadores: la palabra *anteriores* no puede por lo tanto referirse á leyes que precedieron al Imperio.

Quibusdam.—Hasta el tiempo de Justiniano solo se habia permitido testar del peculio cuasi-castrense á algunos dignatarios, y á otras personas que se dedicaban al foro ó al ejercicio y enseñanza de las artes liberales (1).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

En España todos los que gozan fuero de guerra pueden hacer testamento militar abierto ó cerrado, el cual es válido siempre que conste su voluntad (2). No puede desconocerse que, por la extension dada al

(1) Ley 37, tit XXVIII, lib. III del Cód.
(2) Ley 8, tít. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.

fuero militar, va mas allá este privilegio de los límites naturales que la conveniencia pública y la utilidad misma de aquellos á que quiere favorecer, parecen señalarle.

TITULUS XII.

Quibus non est permissum testamenta facere.

TITULO XII.

De los que no pueden testar.

La facultad de testar, como se ha dicho antes, no era de derecho privado, sino de derecho público (1). Así es que los antiguos creyeron como indispensable revestir á los testamentos del carácter de leyes, para que por ellos se tuvieran como derogadas en casos especiales las reglas que establecian el modo de suceder; así es tambien que, aun despues de consignarse en las Doce Tablas el principio de la libre facultad de testar, se apeló á fórmulas solemnes para fingir un acto civil, que en realidad no mediaba en el testamento *per æs et libram*: de este modo los romanos conciliaban el rigor de los principios antiguos con la nuevas exigencias, y sin hacer escision abierta con lo pasado, sucesivamente lo iban modificando y procuraban en las formas exteriores conservar siempre las antiguas tradiciones, y el rigor de los principios heredados. Por consecuencia de estas doctrinas era necesario, para que uno pudiera testar, que expresamente estuviera autorizado por la ley, lo cual rechazaba á algunos absolutamente, al mismo tiempo que inhabilitaba á otros por razones especiales ó por circunstancias transitorias.

Para tener la facultad de testar se requeria ser ciudadano romano, padre de familia. *Paterfamilias uti legassit super familiæ pecuniæ tutelæve suæ rei, itâ jus esto*, decian las leyes de las Doce Tablas. El jefe de la sociedad doméstica, segun ellas, estaba revestido de una especie de poder legislativo en el seno de la familia, y dictaba en tal concepto su última voluntad, *legassit*, esto es, *legem diceret*. Pero este derecho que tenia todo padre de familia romana no podia ser siempre ejercido, pues á las veces lo estorbaban ciertas circunstancias ya física, ya moralmente. De aquí es que no bastaba estar asistido del derecho, esto es, de la facultad legal de tener un testamento, sino que se requeria además estar en la posibilidad de ejercerlo, ó tener para ello capacidad física y moral: por lo tanto al paso que el hijo de familia, el peregrino y el esclavo no podian testar, porque la ley no

(1) Ley 3, tit. I, lib. XXVIII del Dig.

lo autorizaba, el ciudadano romano, padre de familia, que era sordo, mudo, ó estaba loco, ó era impúbero, aunque tenia derecho de otorgar un testamento, no podia ejercerlo. Interesante es aquí marcar esta diferencia, porque de ella dimana la doctrina de que la pérdida del estado producia la insubsistencia del testamento, y por el contrario, la imposibilidad de su ejercicio dejaba en toda fuerza el otorgado en el tiempo en que las facultades físicas y morales del testador lo permitieron.

Non tamen omnibus licet facere testamentum.

Statim enim hi qui *alieno juri subjecti* sunt testamentum faciendi jus non habent, adeò quidèm, ut *quamvis parentes eis permiserint*, nihilo magis jure testari possunt (*a*): *exceptis his, quos anteà enumeravimus*, et præcipuè militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eô, quod in castris acquisierint, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidèm jus initiô tantùm militantibus datum est, tàm ex auctoritate divi Augusti, quàm Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani; posteà verò, subscriptione divi Hadriani, etiam dimissis militiâ, id est, veteranis concessum est. Itaque, si quidèm fecerint de castrensi peculiò testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem hæredem reliquerint (*b*): si verô *intestati decesserint*, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit (*c*). Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel alitèr inquietare, neque patre mortuô cum fratribus commune esse, sed scilicèt proprium ejus esse id, quod in castris acquisierit (*d*), quamquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perindè in bo-

No es permitido á todos hacer testamento.

Los que están sujetos á potestad de otro, no tienen este derecho, aunque los jefes de la familia á que pertenecen se lo permitan (*a*): exceptúanse los que antes hemos enumerado, y especialmente los soldados hijos de familia, á los cuales las constituciones imperiales han permitido testar de lo que en hueste hubieren adquirido. Al principio este derecho fué otorgado por la autoridad de los Emperadores Augusto, Nerva y Trajano príncipe excelente solamente á los que militaban; mas despues el Emperador Adriano lo concedió igualmente á los que habian salido del servicio, es decir, á los veteranos. Por esto, si hicieren testamento disponiendo del peculio castrense, pertenecerá este á aquel á quien instituyeren heredero (*b*). Mas si murieren sin testamento y sin dejar descendientes ó hermanos que los sobrevivan, entonces su peculio pertenecerá con arreglo al derecho comun á sus ascendientes (*c*). De aquí podemos inferir que ni el mismo padre puede quitar al soldado que está en su potestad lo que ha adquirido en hueste, ni los acreedores de aquel pueden vender cosa alguna ni inquietarlo por ningun otro concepto en lo relativo al peculio; y que, muerto el padre, nada es comun con sus hermanos, sino que es propio exclusivamente

nis parentum computantur, ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet his, quæ, ex sacris constitutionibus et præcipuè nostris, prepter diversas causas non acquiruntur *(e)*. *Præter hos igitur*, qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licèt suæ potestatis factus decesserit *(f)*.

del que lo ha adquirido *(d)*, aunque por derecho civil los peculios de todos los que están en potestad paterna, son computados en los bienes de sus padres, como los peculios de los esclavos lo son en los de sus señores; á excepcion de lo que en virtud de las constituciones imperiales, y especialmente de las nuestras, no entra en la adquisicion por diferentes causas *(e)*. Fuera, pues, de los que tienen peculio castrense ó cuasi castrense, el hijo de familias que hace testamento testa inútilmente, aunque cuando muera sea ya padre de familia *(f)*.

ORIGENES.

(a) Tomado de Cayo. (§. inicial, ley 6, tít. I, lib. XXVIII del Dig.)
(b) Conforme con Ulpiano. (§. 10 del tít. XX de sus Reglas, y ley 1, tít. I, libro XVIX del Dig.)
(c) Conforme con una constitucion de los Emperadores Valentiniano y Teodosio, y con otra de los Emperadores Leon y Anthemio. (Leyes 3 y 4, tít. LXI, libro VI del Cód.)
(d) Conforme con Papiniano. (Ley 12, tít. XVII, lib. XLIX del Dig.)
(e) Conforme con Cayo. (§§. 86 y 87, Com. II de sus Inst.)
(f) Conforme con Cayo. (Ley 6, tít. I, lib. XVIII del Dig.)

Comentario.

Non omnibus licet facere testamentum.—Las leyes romanas que establecen la capacidad para otorgar testamento, no quitan el derecho de hacerlo á ninguno á quien antes se lo hubieran concedido, sino por el contrario lo van dando sucesivamente á los que antes no lo tenian: por lo tanto la línea de separacion entre los capaces ó incapaces de testar no proviene de prohibicion expresa, sino de falta de concesion, y asi es que no se dice con impropiedad que son incapaces de hacer testamento aquellos á que la ley no se lo permite.

Alieno juri subjecti.—Empieza el Emperador hablando de las personas que no pueden testar por carecer de facultad legal: añadiré algunas doctrinas para completar las del texto. La primera condicion que requerian los romanos era el ser ciudadano, ó á lo menos tener la capacidad del *comercio* á causa de muerte, *comercium mortis causâ*; así los esclavos, los latinos junianos (1), los peregrinos

(1) § 14, tít. XX de las reglas de Ulpiano.

y todos los que hubieran sufrido la capitis-diminucion máxima ó media, no podian testar. La segunda condicion era la de tener y de poder dejar bienes propios; por esta razon estaban inhabilitados los que se hallaban sujetos á potestad ajena, y aunque esta causa cesó relativamente al hijo de familia despues de la institucion del peculio adventicio, quedó siempre subsistente el antiguo principio en virtud del cual solo los jefes de familia podian testar, y para relajarlo con respecto al peculio castrense y cuasi-castrense, fué necesario dar este carácter á los que no lo eran. Pero algunos no podian testar en pena de un delito: estos eran los que llamaban *intestables*, de que he hablado en otro lugar.

Quamvis parentes eis permiserint.—Siendo, como he dicho, el testamento una institucion de derecho público, porque invierte el órden legal de las sucesiones, como tal no puede ser alterada por la voluntad de los particulares. Mas al mismo tiempo que el hijo ni en testamento ni en codicilos podia disponer de cosa alguna, no le estaba prohibido donar por causa de muerte consintiéndolo el padre (1), porque en tal caso parecia que el padre donaba por la persona interpuesta del hijo. A esto se agrega que el consentimiento del dueño basta para hacer las enajenaciones que solo á él interesan, y que la donacion es un acto privado, y no de derecho público como las últimas voluntades.

Exceptis his, quos anteà enumeravimus.—Alude el Emperador á los hijos de familia que tienen peculio castrense ó cuasi-castrense, de cuyas disposiciones testamentarias habló en el título que antecede.

Si intestati decesserint.—Cuando el hijo de familia testaba acerca del peculio castrense, gozaba de todos los derechos que la ley otorgaba á los demás testadores, y su peculio era una verdadera herencia testamentaria. Mas cuando moria intestado, entonces no se reputaba el peculio como herencia; suponíase, por el contrario, que habiendo el hijo dejado de usar de su derecho privilegiado, su peculio entraba en el derecho comun, y correspondia por lo tanto al padre, no como herencia, sino como peculio (2). Esto se reformó despues, estableciéndose por regla general que se sucediese en tal caso como si fuera *abintestató* en este sentido habla el texto, si bien el órden que pone en los llamamientos de sucesion, sufrió una reforma esencial en las Novelas (3), como se expondrá oportunamente.

Præter hos igitur.—El Emperador excluye aquí expresamente de la facultad de testar á los hijos de familia, aunque tengan pecu-

(1) §. 1 de la ley 25, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.
(2) §§. 1 y 2, tít. XVII, lib. XLIX del Dig.
(3) Novela 118.

lio adventicio, del que son propietarios, como ya queda dicho en otro lugar.

1 Præterea testamentum facere *non possunt impuberes*, quia nullum eorum animi judicium est; itèm furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes, posteâ pubes factus, aut furiosus, posteà compos mentis factus fuerit et decesserit (*a*). Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum, quô furor eorum intermissus est (*b*), jure testati esse videntur; certe eô, quod ante furorem fecerint, *testamentô valente*: nam neque testamenta rectè facta, neque aliud ullum negotium rectè gestum posteà furor interveniens perimit (*c*).

Además no pueden hacer testamento los impúberos, porque no tienen juicio, ni los locos, porque carecen de razon: es indiferente que el impúbero haya muerto ya despues de llegar á la pubertad, ó el loco despues de recobrar su razon (*a*). El testamento hecho por el loco en un intervalo lúcido, es válido (*b*); y con mas razon el otorgado antes de su locura, porque la locura que sobreviene, no destruye el testamento ni ningun otro acto válidamente ejecutado (*c*). 1

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§§. 12 y 13, tít. XX de sus Reglas.)
(*b*) Conforme con Paulo. (§. 5, tít. IV, lib. III de sus Sentencias.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§. 4, ley 20, tít. I, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Non possunt impuberes.—En este caso no puede emplearse la autoridad del tutor, el cual, obrando en nombre del pupilo, ó completando su falta de capacidad, suple el defecto de su juicio en los negocios comunes de la vida, porque la eleccion de nuestro sucesor debe ser obra exclusiva de nuestra voluntad. Admitir otro principio seria destruir el órden de las sucesiones, y equivaldria á autorizar al tutor á testar por el pupilo.

Testamentô valente.—No sucederia lo mismo cuando en lugar de volverse loco el testador, hubiese sufrido la capitis-diminucion. La razon de esta diferencia consiste en que el loco goza del derecho de tener un testamento, y solo por razon de su enfermedad está imposibilitado de poderlo hacer.

2 Itèm prodigus cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum *facere non potest*, sed id, quod antè fecerit, quàm interdictio ei bonorum fiat, ratum est.

Del mismo modo el pródigo, á quien se ha quitado la administracion de sus bienes, no puede hacer testamento, pero permanece válido el anterior á la interdiccion. 2

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 13, tít. XX de sus Reglas.)

Comentario.

Facere non potest.—Ulpiano alega por razon, que privado el pródigo del comercio, no puede mancipar la familia.

5 Itèm mutus et surdus *non sempèr* testamentum facere possunt (utiquè autem de eô surdô loquimur, qui omninò non exaudit, non qui tardè exaudit; tam et mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tardè loquitur). Sæpè etiam literati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt: unde *nostra constitutio* (*a*) etiam his subvenit, ut certis casibus et modis, secundum normam ejus, possint testari, aliaque facere, quæ eis permissa sunt. Sed si quis, post testamentum factum, valetudine aut quòlibet aliô casu mutus aut surdus esse cœperit, *ratum* nihilominus ejus *permanet testamentum* (*b*).

El mudo y el sordo no pueden siempre hacer testamento; (hablamos del sordo que no oye absolutamente, no del que oye con dificultad, y del mudo que no puede absolutamente hablar, no del que lo hace con trabajo). Como ocurre con frecuencia que hombres literatos y eruditos pierden por diferentes accidentes la facultad de oir y de hablar, una de nuestras constituciones (*a*) ha venido en auxilio de los que están en tal caso, permitiéndoles que en ciertas ocasiones, y bajo de formas determinadas, puedan testar y hacer otros actos, ajustándose á las reglas que se les previenen. Mas si alguno despues de haber hecho su testamento, se ha vuelto sordo ó mudo por efecto de una enfermedad ó de cualquier otro accidente, no por ello deja de valer su testamento (*b*). 5

ORIGENES.

(*a*) Esta constitucion es la ley 10 del tít. I, lib. VI del Cód.
(*b*) Copiado de Cayo. (§. 1, ley 6, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Non sempèr.—Los sordos y mudos solo podian hacer testamento militar en los términos que quedan expuestos en el título anterior, y en virtud de una concesion individual del Emperador (2).

Nostra constitutio.—La constitucion á que se alude, da el derecho de testar á los sordos y mudos que pueden manifestar su voluntad, ó bien sea por tener solo uno de los dos defectos, ó porque habiéndolos adquirido, no experimenten despues obstáculo en expresar por escrito su voluntad, ó por cualquier otro motivo. La prohibicion quedó subsistente para los démás.

(1) Ley 7, tít. I, lib. XXVIII del Dig.

Ratum permanet testamentum.—Vale en este caso el testamento, porque el impedimento que sobrevino no afecta al mismo derecho de tener testamento, sino á la capacidad física de hacerlo.

4 Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam *lex divi Justini*, patris mei, introduxit.

El ciego no puede hacer testamento sino observando las fórmulas introducidas por la ley del Emperador Justino, nuestro padre: 4

ORIGENES.

Esta es la ley 8, tít. XXII, lib. VII del Cód.

Comentario.

Lex divi Justini.—El ciego tenia antiguamente derecho de hacer testamento (1), porque podia requerir y oir á los testigos; pero para evitar los fraudes que abusando de su desgracia, podian algunos cometer, el Emperador Justino en una constitucion exigió que se observasen las formalidades especiales que en otro lugar se indicaron.

5 Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, *non valet quamvis redierit* (*a*): sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, *valet jure postliminii, sive illic decesserit*, *valet ex lege Corneliâ* (*b*).

El testamento que hiciere el cautivo en poder del enemigo, no vale aun en el caso de que vuelva (*a*): pero el que hizo en la ciudad valdrá por derecho de postliminio si vuelve, y por la ley Cornelia si muere allí (*b*). 5

ORIGENES

(*a*) Copiado de Cayo. (§. inicial de la ley 8, tít. I, lib. XXVIII del Dig.)
(*b*) Tomado de Paulo. (§. 8, tít. IV, lib. III de sus Sentencias.)

Comentario.

Non valet, quamvis redierit.—La razon por que en este caso no vale el testamento, consiste en estar reducido á la condicion de cautivo el testador cuando lo hizo.

Valet jure postliminii.—Del derecho de postliminio se ha tratado ya en el Libro primero de esta obra.

Sive illic decesserit, valet ex lege Corneliâ.—Tambien se ha hablado de la ficcion de la ley Cornelia, que fué un plebiscito en la dictadura de Sila hácia el año 686 de la fundacion de Roma, y que lleva el nombre de *lex Cornelia de falsis*, y tambien de *lex Cornelia testamentaria*. Al castigar esta ley el delito de falsedad de un testa-

(1) §. 4, tít. IV, lib. III de las Sentencias de Paulo.

mento, consideró como tal la hecha en el del que habiendo testado siendo libre, murió en el cautiverio, fingiendo al efecto que habia fallecido en la ciudad. Esta ficcion que al principio se limitó á lo que contenian los testamentos, se hizo extensiva despues á todas las partes del derecho (1).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Entre nosotros no impide testar las circunstancia de ser extranjero (2), el cual en la ordenacion interna de su testamento deberá arreglarse á las leyes del pais á que pertenece, y en las formas externas á las de aquel en que se halla, á no ser que otra cosa se prefije en los tratados: tampoco lo impide la sentencia judicial, qué no produce, como he dicho antes, la muerte civil, y así es que testan hasta los condenados á muerte (3); ni el estar sujeto á la patria potestad, porque á los catorce años el hijo de familia testa del mismo modo que el que no lo es (4).

Mas á las prohibiciones de testar que quedan expuestas con relacion al derecho romano, debe añadirse la que tienen los religiosos profesos (5). La que tenian los arzobispos y obispos respecto á los bienes adquiridos en sus respectivos beneficios, ha quedado limitado á los ornamentos pontificales que se consideran como de la mitra segun el último concordato (6).

El ciego solo puede testar nuncupativamente y á presencia de cinco testigos por los menos: nada dice la ley acerca de la asistencia de escribano, ni de la vecindad de los testigos; me parece, sin embargo, que debe aconsejarse que no se desprecien estas garantias (7).

TITULUS XIII.

De exheredatione liberorum.

TITULO XIII.

De la desheredacion de los descendientes.

En los títulos que anteceden se ha hablado de la forma externa de los testamentos, y de las personas que pueden hacerlos; ahora se pasa

---

(1) Ley 18, tít. XV, lib. XLIX del Dig.
(2) Ley 2, tít. XXX, lib. I de la Nov. Rec.
(3) Ley 3, tít. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Ley 3, citada.
(5) Ley 17, tít. I, Part. VI.
(6) Leyes 2, 3 y 8, tít. XXI, Part. I.
(7) Leyes 1 y 2, tít. XVIII, lib. X de la Nov. Rec. y Concordato de 16 de marzo de 1861.

á tratar de algunas disposiciones que debian contener para su validacion, á que muchos dan el nombre de solemnidades *internas*. Estas son la institucion de heredero y la desheredacion: la primera era indispensable en todos los testamentos, como se expone en el título siguiente: la segunda solo en los de aquellos que debiendo dejar legítima querian excluir á los que tenian derecho á ella, punto de que hablaré ahora siguiendo paso á paso al Emperador.

Desheredar es excluir de la herencia al que en otro caso seria heredero. Recordando aquí las doctrinas, que eñ diferentes lugares quedan expuestas acerca de la constitucion de la familia romana y de la ilimitada facultad que la ley otorgaba á su jefe, se encontrará perfectamente ajustada á sus principios la primitiva teoría de las desheredaciones. El padre, que podia vender y aun matar á sus hijos, y que era el único propietario de cuanto correspondia á la sociedad doméstica, tenia tambien el derecho de hacer lo que quisiera de sus bienes, trasmitiéndolos á los extraños en perjuicio de los que por los vínculos de la sangre parece que debian obtener el primer lugar en su corazon. Las leyes de las Doce Tablas en la omnímoda facultad que daban al padre considerándolo como un legislador en su familia, le reconocieron este derecho, que despues modificaron los pretores invocando la equidad, y los Emperadores introduciendo principios menos exclusivos (1). Estas modificaciones fueron sucediéndose gradualmente: así se vé que aun en tiempo de la república se impuso á los testadores la necesidad de excluir nominalmente á los que ocupaban el primer lugar en la sucesion intestada para que se los tuviera por desheredados: lo que á decir verdad era una precaucion para que constase de un modo cierto la voluntad del testador, el cual continuó con el derecho de excluirlos como quisiera, mas bien que una cortapisa puesta á su facultad ilimitada. En la exposicion de este título se puede notar el órden gradual con que fué cambiándose el derecho primitivo.

Non tamen, ut omnimodò valeat testamentum, sufficit hæc observatio, quam suprà exposuimus. Sed, qui *filium in potestate habet*, curare debet, ut eum hæredem instituat, vel exheredem *nominatim* faciat: alioquin, si eum silentio præterierit, inutilitèr testabitur, adeò quidèm, ut, etsi vivô patre filius mortuus sit, nemo hæres ex

No basta para la subsistencia del testamento que se observen las reglas antes expuestas, sino que además, el que tiene un hijo en su potestad, debe cuidar de instituirlo heredero ó de desheredarlo nominalmente. Si lo pasa en silencio, el testamento será nulo, y de tal modo que aun en el caso de que el hijo muera antes que el padre, nin-

(1) Ley 120, tit. XVI, lib. L del Dig.

eô testamentô existere possit, quia scilicèt *ab initio non constiterit testamentum.*

guno podrá ser heredero en virtud de este testamento, porque no fué válido desde el principio.

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§§. 115, y 123, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Filium in potestate habet.—Este párrafo y los cuatro siguientes se refieren al derecho antiguo. Los hijos debian ó ser instituidos herederos, ó desheredados expresamente. Bajo la denominacion de *hijos* se comprenden aquí los que lo eran por el vínculo civil de la agnacion, y por lo tanto los hijos legítimos y los adoptivos constituidos en potestad, pero no los emancipados. La razon que debieron tener los romanos para establecer esto, fué la de que mientras existia la potestad, en cierto modo formaban un todo colectivo con el jefe de la familia, pudiéndose por lo tanto considerar como condueños de los bienes; así exigieron para su exclusion la voluntad expresa del testador, y no creyeron que bastaban las conjeturas, por fundadas que parecieran, para presumirla.

Nominatim.—Esto es, designando al desheredado con su nombre, ó de otro modo que no deje duda de quien es, como despues se explica mas adelante.

Ab initiô non constiterit testamentum.—El testamento en que el hijo constituido en potestad no estaba ó instituido heredero ó desheredado, era nulo; no habiendo tenido, pues, fuerza al tiempo de otorgarse, no la podia adquirir despues aun en el caso de que hubiera muerto el hijo viviendo el padre. Tenia aquí lugar la regla Catoniana, que consideraba sin efecto lo que no seria válido si hubiere muerto el testador inmediatamente despues de otorgado el testamento: regla que, como Celso advierte, no es aplicable indistintamente á todos lo casos (1), aunque cuadra perfectamente al presente. No era esta la opinion de los Proculeyanos (2), si bien fué la adoptada por los jurisconsultos del tiempo de Alejandro Severo y Caracalla.

Sed non ità *de filiabus, vel aliis per virilem sexum descendentibus* liberis utriusque sexus fuerat antiquitati observatum: sed, si non fuerant hæredes scripti scriptæve, vel exhæredati exheredatæve; testa-

No se seguia en la antigüedad la misma regla respecto á las hijas ó á otros descendientes por línea masculina, cualquiera que fuese su sexo, sino que cuando no eran instituidos herederos ni desheredados,

(1) Ley 1, tít VII, lib. XXIV del Dig.
(2) §. 123, Com. II de sus Inst.

mentum quidèm non infirmabatur, *jus* autem *accrescendi* eis ad *certam portionem* præstabatur (*a*). Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat et *inter ceteros* hoc facere.
1 Nominatim autem exhæredari quis videtur, sivè ità exheredetur. TITIUS, FILIUS MEUS, EXHÆRES ESTO, sive ità, FILIUS MEUS EXHERES ESTO, non adjectô propriô nomine, scilicèt si alius filius non extet (*b*).

no perdia por ello su fuerza el testamento, sino que tenian el derecho de acrecer á cierta porcion (*a*). Mas no era necesario á los ascendientes desheredar á estas personas nominalmente, sino que lo podian hacer entre los demás. Se deshereda 1
nominalmente á una persona cuando se dice: MI HIJO TICIO QUEDE DESHEREDADO: ó de otro modo: MI HIJO QUEDE DESHEREDADO, sin añadir su propio nombre, cuando el testador no tiene otro hijo (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 17, tit. XXII de sus Reglas.)
(*b*) Tomado de Cayo (§§. 127 y 128, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

De filiabus, vel aliis.—No es esta la primera vez que hay ocasion de observar, que los vínculos de la patria potestad eran mas fuertes con relacion á los hijos varones de primer grado, que respecto de las hijas y los nietos: así al paso que necesitaban los primeros para salir de la potestad paterna tres manumisiones, como en otro lugar queda expuesto, bastaba una para los últimos.

Per virilem sexum descendentibus.—Se limita el texto á hablar de los descendientes por línea de varon, porque en la constitucion de la familia romana, como ya se ha visto, los descendientes por línea femenina no estaban comprendidos en ella, sino que correspondian á la de su padre ó su abuelo paterno.

Jus accrescendi ad certam portionem.—Omitidas las hijas ó los nietos, el testamento no era nulo, sino que daba lugar al derecho de acrecer, viniendo así á unirse los omitidos con los herederos instituidos. Esta participacion era con daño, esto es, privando á los herederos escritos de una parte de aquello que sin esta concurrencia hubieran percibido: la parte que recibian variaba segun la diversa clase de herederos. Estos ó eran *suyos* ó *extraños*, nomenclatura que se explica mas adelante: cuando los herederos eran suyos, las hijas ó nietos omitidos tomaban una parte viril, es decir, igual á la de los herederos instituidos; mas si los herederos eran extraños, tomaban la mitad (1); por último, en el caso de que hubiera simultáneamente

(1) §. 17, tit. XXII de las Reglas de Ulpiano.

instituidos herederos suyos y extraños, se combinaban las dos reglas que quedan expuestas (1).

Inter ceteros.—Esto es, comprendiendo á varias personas en una desheredacion general, como si dijera: *mi hijo Ticio sea mi heredero, los demás queden desheredados.*

1 *Posthumi* quoquè liberi vel hæredes institui debent, vel exheredari. Et *in eo par omnium conditio est*, quod et in filiô posthumô et in quôlibet ex ceteris liberis, sive feminini sexus, sive masculini, præteritô, *valet quidèm testamentum*, sed posteà agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, et eâ ratione totum infirmatur: ideòque si mulier, ex quâ posthumus aut posthuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam. *Sed feminini* quidèm *sexus personæ* vel nominatim, vel inter ceteros exhæredari solebant, dùm tamen, si inter ceteros exhæredentur, aliquid eis legetur, ne videantur per oblivionem præteritæ esse: masculos verò posthumos, id est filium et *deincèps*, placuit, non alitèr rectè exhæredari, *nisi nominatim exhæredentur*, hoc scilicèt modô: QUICUMQUE MIHI FILIUS GENITUS FUERIT, EXHÆRES ESTO.

Los descendientes póstumos deben ser tambien ó instituidos herederos ó desheredados. La condicion de todos ellos es igual; porque la omision de un póstumo, bien sea hijo ó bien otro descendiente del sexo masculino ó femenino, no invalida el testamento; pero este se rompe despues por el nacimiento del póstumo ó póstuma, y así viene á anularse absolutamente. De aquí se infiere que si la mujer de que se espera un póstumo ó póstuma, abortare, no tendrán obstáculo los herederos escritos para adir la herencia. Las póstumas solian ser desheredadas, ó nominalmente ó entre los demás, con tal que en este último caso se les dejase algun legado para que no pareciesen omitidas por olvido. Mas los póstumos, ó bien fueran hijos, ó bien descendientes de ulterior grado, no podian ser válidamente desheredados mas que nominalmente, de este modo: CUALQUIERA HIJO QUE ME NACIERE, SEA DESHEREDADO. 1

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§§. 130, 131 y 132, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Posthumi.—Esta palabra, que significa en su sentido propio los descendientes que han nacido despues de la muerte de sus ascendientes (2), como indica su etimología *post humum*, porque el ascendiente

(1) §. 8, tit. IV, lib. III de las Sentencias de Paulo.
(2) §. 1 de la ley 3, tit. III, lib. XXVIII del Dig.

ha recibido ya la sepultura (1), se refiere en este lugar á los que han nacido despues que el ascendiente hizo su testamento (2). Primitivamente su condicion era muy dura, porque, como personas inciertas, ni aun siquiera podian ser instituidos herederos: mas como esta rigurosa doctrina era insostenible á la luz de ideas menos exclusivas, de aquí dimanó que sucesivamente prevaleciera el principio de que los póstumos, cuando se trataba de su interés, se considerasen como nacidos, pero para esto era menester que efectivamente tuviera lugar su nacimiento. La institucion del póstumo, pues, venia en estos casos á ser condicional: en el Digesto se encuentra un fragmento de Scévola (3), en que está contenida la fórmula inventada al efecto por Galo Aquilio; *Si filius meus vivô me morietur, tunc siquis mihi ex eô nepos, sive quæ neptis post mortem meam in decem mensibus proximis quibus filius meus morietur, natus, nata erit, hæredes sunto.* Esta fórmula da lugar á inferir que en tanto era posible instituir á los póstumos en cuanto al tiempo de nacer pudieran ocupar el primer lugar en la familia del testador, y por lo tanto en la sucesion. La ley Junia Veleya, de que habla el Emperador en el párrafo siguiente, vino en apoyo de esta jurisprudencia. En el primero de sus capítulos permitia instituir ó desheredar á los descendientes que no habian nacido al tiempo de otorgarse el testamento, pero que pudieran nacer despues de otorgado aun en vida del testador, con tal que naciesen herederos suyos, es decir, que lo que limitaba la interpretacion á los póstumos que nacian despues de la mnerte del testador, lo hizo la ley Junia Veleya extensivo á los que habian nacido en el intermedio de la formacion del testamento (4). La desheredacion por consecuencia vino á arreglarse á los mismos principios.

Necesario es para la completa inteligencia de las doctrinas que acerca de los póstumos expone el Emperador en este párrafo y en el siguiente, anticipar alguna nocion de lo que los intérpretes llaman *suidad*, que se expondrá con mayor extension mas adelante. Los descendientes que al tiempo de la muerte del testador estaban constituidos

---

(1) Escritores respetables rechazan semejante etimología. De necia la califica Mr. Pellat: este jurisconsulto, en una nota de su traduccion del Curso de Derecho Romano privado por Marezoll, dice que la palabra significa simplemente «el último,» siendo un superlativo de «posterus;» y que empleada como técnica ha conservado su antigua terminacion en vez de cambiarla en «imus:» deduce por lo tanto que ninguna razon justifica su escritura con h. Esta opinion no es moderna: ya el entendido Grocio en su «Florum sparsio ad jus Justinianeum» decia: «Vera scriptio videtur postumum quomodó veteres citumum, ultumum intumum, dicebant; nec aliud proprie ea vox significat, quam postremo loco natum.» El autorizado Vinio es del mismo dictámen, al que pudiera agregarse el de muchos eruditos.—Sin embargo prefiero conservar la etimología que indico en el texto por ser la mas comun y generalizada.

(2) §. inicial de la ley 12, tit. III, lib. XXVIII del Dig.

(3) §. inicial de la ley 19, tit. II, lib. XXVIII del Dig.

(4) § 19, tit. XXII de las Reglas de Ulpiano.

en su potestad, y no debian recaer en la de otros, sino que cortado por la muerte este vínculo, venian á su vez á ser cabezas de otras familias, se llamaban herederos *suyos*, porque considerándose, segun se ha dicho antes, á manera de condueños con sus ascendientes, eran llamados á la sucesion legítima.

El texto se refiere solamente á los póstumos, que se hallaban comprendidos bajo esta denominacion de herederos suyos, es decir, á los que si hubieran nacido en vida del testador, estarian sujetos á su potestad y ocuparian el primer lugar en la familia. De esta proximidad al testador dimanó la diferencia entre el póstumo llamado *suyo*, *suus*, y *ajeno*, *alienus*. Por contraposicion á los *suyos* llamábanse *ajenos* todos los que al nacer no estaban entre los herederos suyos respecto del testador (1), es decir, que ó no estaban sujetos á su potestad paterna, ó si lo estaban por no ocupar el primer lugar en la familia, á la muerte de su jefe debian recaer en la potestad de otros de sus ascendientes.

In eô par omnium conditio est.—Esta igualdad se refiere solamente á la validez del testamento antes del nacimiento del póstumo, y á su invalidacion despues; porque como dice mas adelante el Emperador, habia diferencias en el modo de hacer la desheredacion.

Valet quidèm testamentum.—La razon por que es válido el testamento mientras no ha visto el póstumo la luz, es que se ignora aun si existirá, y que el principio de que se reputa nacido cuando se trata de su interés, está subordinado á la condicion de su nacimiento. La ley aquí hace una ficcion: supone que el póstumo ha nacido en vida del testador, es decir, retrotrae el tiempo del nacimiento, y como toda ficcion supone términos hábiles, es claro que no es aplicable al caso en que no ha nacido el hijo, porque mal puede retrotraerse lo que nunca ha existido.

Sed feminini sexus personæ.—Las hembras podian ser deheredadas ó nominal ó colectivamente, con tal que constase en este caso de un modo indudable que habia el testador tenido intencion de comprenderlas en la desheredacion, porque de otra manera una presuncion favorable á las póstumas hacia considerarlas como no desheredadas. Por esto dice Justiniano que era necesario dejarlas un legado para que fuera subsistente su deheredacion *inter ceteros.*

Deincèps.—Los nietos póstumos, hijos de hijo, cuando naciendo son *herederos suyos*, porque en otro caso no rompen el testamento, pues que son precedidos por su padre en la familia.

Nisi nominatim exhæredentur.—No teniendo aun nombre el que no habia nacido, es claro que la palabra *nominatim* se refiere á la de-

---

(1) §. 241, Com. II de las Inst. de Cayo.

signacion de la persona del póstumo hecha con palabras claras que no dejen duda de que á él se aiude.

2 *Posthumorum* autem *loco* sunt et hi, qui, *in suis hæredis locum succedendo*, quasi agnascendô, fiunt parentibus sui hæredes. Ut eccè, si quis filium, et ex eô nepotem neptemve, in postestate habeat quia filius gradu præcedit, is solus jura sui hæredis habet, quamvis nepos quoquè et neptis ex eô in eadem potestate sunt; sed si filius ejus vivô eô moriatur, aut qualibet aliâ ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, et eò modô jura suorum hæredum quasi agnatione nanciscuntur (*a*). Ne ergo eô modô rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel hæredem instituere, vel nominatim exhæredare debet testator, ne non jure faciat testamentum: ità et nepotem neptemve ex filiô necesse est et vel hæredem instituere, vel exhæredare, ne fortè, vivô eô filiò mortuô, succedendo in locum ejus nepos neptisve, quasi agnatione rumpant testamentum. Idque *legi Juniá Velleiá* provisum est in quâ simul exhæredationis modus ad *similitudinem posthumorum* demonstratur (*b*)

Se asemejan á los póstumos los que sucediendo en lugar de un heredero suyo vienen por esta cuasi agnacion á ser herederos suyos con respecto á sus ascendientes: por ejemplo, si uno tiene en su poder un hijo, y de este hijo á un nieto ó á una nieta, como el hijo es mas próximo en grado, él solo tiene los derechos de heredero suyo, aunque el nieto y la nieta están en la misma potestad. Pero si el hijo muere viviendo el padre, ó por cualquiera otra razon sale de su potestad, el nieto ó nieta entran en su lugar y adquieren entonces por la cuasi-agnacion los derechos de herederos suyos (*a*) Para que no se rompa, pues, el testamento por acontecimiento semejante, es menester que igualmente que el testador está obligado á instituir ó desheredar á su hijo expresamente, tenga cuidado de instituir ó desheredar á su nieto ó nieta, para evitar que en el caso de que muera antes que él el hijo y de que ocupen su lugar el nieto ó la nieta, se rompa el testamento por la cuasi-agnacion; á esto proveyó la ley Junia Veleya, en la cual se establece el modo de hacer esta desheredacion á imitacion de la de los póstumos (*b*). 2

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 133, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§ 134, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Posthumorum locô.—Las doctrinas de este texto se refieren á diferente caso que las del anterior. En él se hablaba de los póstumos *herederos suyos*, que por haber nacido ó despues de la muerte del testador, ó despues de haber este ordenado su voluntad postrimera, rompian el testamento en que no habian sido instituidos ó deshereda-

dos: en este se habla de los que rompen el testamento, no por su nacimiento natural, sino por una especie de nacimiento civil, si es lícito decirlo así, *quasi agnascendó*, esto es, por venir á ocupar en la sucesion legítima lugar que antes no tenian. Tales son los nietos á que el padre precedia, quienes cuando salia este de la familia, venian á reemplazarlo en el lugar que ocupaba, y los que eran adoptados despues de hecho el testamento. Dáse generalmente á estos el nombre de *cuasi póstumos.*

In sui hæredis locò succedendo.—El testamento no podia en este caso decirse roto por el nacimimiento, puesto que al otorgarse ya habian nacido los que por adquirir el primer lugar en la sucesion venian á romperlo. Así dice Justiniano *in sui hæredis locum succedendo*, es decir, viniendo á ocupar el lugar de *herederos suyos.*

Lege Juniâ Velleiâ.—Comunmente se da á esta ley el nombre de Julia Veleya: el texto que he adoptado, sigue á Cayo (1) al poner *Junia*. Esta ley es del imperio de Augusto, puesto que fué publicada en el año de 763 de la fundacion de Roma. Al comentar el texto que antecede hice mencion de uno de sus capítulos, que se referia á los que no habiendo nacido al tiempo de hacerse el testamento, venian á ser herederos suyos aun en vida del testador. Otro de los capítulos de la ley Junia Veleya hablaba de los nietos del testador, que habiendo nacido ya al otorgarse la última voluntad, no estaban entre los herederos *suyos*, porque el padre los precedia en la familia, y por lo tanto en la sucesion. Con arreglo á los principios antiguos estos nietos, como personas ciertas, podian ser instituidos, pero no desheredados, porque no eran llamados á la sucesion legítima: mas como podia ocurrir que antes de la muerte del abuelo llegaran á ocupar el primer lugar en la familia, ó bien por la muerte ó por la emancipacion del padre, ó por cualquiera otra causa, venian así por su cuasi agnacion á romper el testamento en que no habian sido instituidos ni desheredados. La ley Junia Veleya para ocurrir á este inconveniente permitió su desheredacion; pero esta solo podia ser condicional, es decir, hecha para el caso en que al tiempo de la muerte del testador estuvieran los nietos en su potestad y ocuparan el primer lugaa en la familia.

Ad similitudinem posthumorum.—Del mismo modo que los póstumos, los cuasi póstumos varones debian ser desheredados nominalmente; las hembras podian serlo colectivamente con tal que constase que al hacerlo así, habia tenido intencion el testador de comprenderlas en la desheredacion, del mismo modo que queda expuesto en el comentario del párrafo que antecede.

---

(1) §. 134, Com. II de sus Inst.

A los descendientes á que se refiere la ley Junia Veleya, se les da comunmente el nombre de póstumos Veleyanos.

3 Emancipatos liberos *jure civili* neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse est, quia non sunt sui hæredes. Sed *prætor* omnes, tam feminini sexus quam masculini, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet, virilis sexus nominatim, feminini verò et inter ceteros. Quod si neque hæredes instituti fuerint, neque ità, ut diximus, exhæredati, promittit prætor eis *contra tabulas* testamenti *bonorum possessionem.*

El derecho civil no supone la necesidad de instituir ó de desheredar á los hijos emancipados, porque no son herederos suyos. Mas el pretor manda desheredar á todos, sean varones ó hembras, si no están instituidos herederos; á los varones nominalmente, á las hembras entre los demás. En el caso de que no hayan sido instituidos herederos ni desheredados en los términos que hemos dicho, el pretor les da la **bonorum** ***posesion contra tabulas.*** 3

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 135. Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Jure civili.—El derecho civil, en su rigurosa y estrecha teoría acerca de la familia, consideraba á los hijos emancipados como ajenos á la agnacion y no llamados á suceder; de aquí es que no eran *herederos suyos*, y que por lo tanto no habia necesidad de instituirlos ni tampoco podian ser desheredados, puesto que no eran llamados á la herencia. Las palabras *jure civili* están aquí usadas en oposicion á las de *jure prætorio.*

Prætor.—Mas humano, mas conforme con los sentimientos de la naturaleza y menos exclusivo el derecho pretorio daba la sucesion á todos los descendientes que estaban en primer grado, aunque ya hubieran salido de la familia civil del difunto. Pero como no podia darles la herencia, les concedia la *bonorum posesion*, segun se explicará al tratar de las sucesiones intestadas. El testador para excluirlos de este beneficio tenia que desheredarlos, y de este modo venian los hijos emancipados á quedar igualados con los que permanecian en potestad de sus padres.

Contra tabulas bonorum possessionem.—Esto es, rescindiendo el testamento, el cual quedabas in efecto. Primitivamente al dar la *bonorum posesion contra tabulas*, no hacia distincion el pretor entre la omision de los varones y de las hembras: de aquí dimanaba que las hijas emancipadas fueran de mejor condicion por el derecho pretorio, que la que tenian por el civil las que estaban constituidas en potestad, pues que, como hemos visto, la omision de estas no rescindia el testamento, sino que solo les daba el derecho de acrecer. Para evitar la injusticia de

esta desigualdad previno el Emperador Antonino que las hijas emancipadas no pudieran obtener por consecuencia de la *bonorum posesion* mas de lo que hubieran conseguido por el derecho de acrecer si fueran *herederas suyas* (1).

4 Adoptivi liberi, quamdiù sunt in potestate patris adoptivi, *ejusdem juris* habentur *cujus* sunt *justis nuptiis quæsiti*: itaque hæredes instituendi, vel exhæredandi sunt, secundûm ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati verò à patre adoptivô, neque jure civili, *neque* quod ad edictum prætoris attinet, *inter liberos numerantur* (*a*). Quâ ratione accidit, ut ex diversô, quod ad naturalem parentem attinet, *quamdiù* quidèm *sint in adoptivâ familiâ*, extraneorum numerô habeantur, ut eos neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse sit. Cum verò emancipati fuerint ad adoptivô patre, *tunc incipiunt* in eâ causâ *esse*, in quâ futuri essent, si ab ipsô naturali patre emancipati fuissent (*b*).

Los descendientes adoptivos, mientras están en potestad del padre, son de la misma condicion que los habidos en justo matrimonio, y así deben ser instituidos en los términos que hemos expuesto hablando de los naturales. Emancipados por el padre adoptante, no son contados entre los descendientes, ni por el derecho civil, ni por el pretorio (*a*). Por el contrario, mientras permanecen en la familia adoptiva se reputan como extraños con relacion al padre natural, el que no está obligado ni á instituirlos ni á desheredarlos; pero si fueren emancipados por el padre adoptivo, empiezan á estar en el mismo caso que si lo hubieran sido por el padre natural (*b*). 4

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 136, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Copiado de Cayo. (§. 137, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Ejusdem juris, cujus justis nuptiis quæsiti.—Entrando el hijo adoptivo en la patria potestad del adoptante, y por consecuencia en su familia civil, adquiria iguales derechos que los hijos legítimos que estaban en potestad de su padre, porque era agnado como ellos.

Neque inter liberos numerantur.—El hijo adoptivo que era emancipado, ni pertenecia á la familia de su padre natural ni á la del adoptivo, pues que de la primera habia salido por la adopcion, y de la segunda por la emancipacion, modos por los que se disolvia la patria potestad, base fundamental de la familia romana. El pretor, si bien consultando á los vínculos de la sangre, que no desaparecen por un acto jurídico, acudió al auxilio del hijo natural que habia salido de la familia civil del que lo adoptó; pero no al del emancipado por este,

(1) §. 126, Com. II de sus Inst.

pues en semejante caso no habia relaciones naturales que los unieran, y las civiles habian ya del todo desaparecido.

Quamdiù sint in adoptivâ familiâ.—Teniendo los hijos adoptivos, mientras permanecian bajo la potestad del adoptante, iguales derechos que los legítimos respecto de la familia en que habian entrado, no era justo considerarlos á la vez como miembros de dos diferentes sociedades domésticas: hé aquí la razon por que el pretor no interpuso su autoridad para favorecerlos en la sucesion de su padre natural.

Tunc incipiunt esse.—Quedando el hijo adoptivo desde el momento de la emancipacion como absolutamente extraño á la familia, el pretor, con el objeto de que no fuera defraudado de esta sucesion ni de la del padre natural, lo igualó á los que habian sido emancipados por este, fundándose en que los vínculos de la sangre subsistian á pesar de la adopcion y de la emancipacion.

6 Sed hæc quidem *vetustas introducebat*. Nostra verò constitutio (*a*) inter masculos et feminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similitèr naturæ officiô fungitur, et lege antiquà duodecim tabularum omnes similitèr ad sucesssiones ab intestatô vocabantur, quod et prætores posteà secuti esse videntur, ideò simplex ac simile jus, et *in filiis et in filiabus*, et in ceteris descendentium per virilem sexum personis, non solúm natis, sed etiam posthumis, introduxit, ut omnes, sive sui, sive emancipati sunt, aut hæredes instituantur, aut nominatim exhæredentur, et eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, et hæreditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sunt, sive adhuc in uterô constituti, posteà nati sunt. *Circa adoptivos* autem *filios certam induximus divisionem* quæ constitutioni nostræ, quam super adoptivis tulimus, continetur (*b*).

Este era el derecho antiguo. Pero nuestra constitucion (*a*), considerando que con respecto á la desheredacion no debe haber diferencia entre los varones y las hembras, porque unos y otras concurren igualmente segun su naturaleza á la procreacion de la especie, y porque además, conforme á la antigua ley de las Doce Tablas, todos eran llamados igualmente á la sucesion *ab intestato*, principio que despues siguieron los pretores, introdujo un derecho sencillo y uniforme en los hijos y en las hijas y en los demás descendientes por línea de varon, no solo nacidos, sino tambien póstumos: en su virtud todos, ó bien sean suyos ó emancipados, deben ser instituidos herederos ó desheredados nominalmente, y su omision producirá el mismo efecto por lo que hace á la invalidacion del testamento y á la revocacion de la herencia, que la de los hijos herederos suyos ó emancipados, bien se trate de los nacidos ó de los que están solamente concebidos. Respecto á los hijos adoptivos hemos establecido cierta division que está expuesta en la constitucion que hemos dado acerca de las adopciones (*b*). 5

ORIGENES.

(a) Esta constitucion es la ley 4, tít. XXVIII, lib. VI del Cód.
(b) Esta constitucion es la ley 10, tít. XLVII, lib. VIII del Cód.

Comentario.

Vetustas introducebat.—Poco satisfecho Justiniano con un sistema tan lleno de sutilezas y de diferencias hasta cierto punto caprichosas, introdujo otro mas sencillo, mas justo y uniforme.

In filiis et in filiabus.—Suprimiendo las antiguas diferencias entre los varones y las hembras, entre los descendientes de primero y los de ulterior grado, entre los nacidos, los póstumos y los cuasipóstumos, entre los constituidos en potestad y los emancipados, Justiniano estableció por regla general que todos los que ocuparan el primer lugar en la familia, es decir, aquellos á quienes, como mas adelante manifestaré, se debia la porcion legítima, fueran instituidos herederos ó nominalmente desheredados, quedando insubsistente el testamento en que esto no se verificase. Tres diferencias, pues, suprimió el Emperador: primera, entre el hijo cuya omision hacia nulo el testamento, y las hijas y demás descendientes que en caso de omision solo tenian el derecho de acrecer; segunda, entre los hijos cuya desheredacion debia ser nominal, y las hijas y demás descendientes que podian ser desheredados *inter ceteros*; y tercera, entre los póstumos y las póstumas bajo el mismo aspecto. Quedó, sin embargo, una distincion, hija de la misma índole de las cosas, á saber: que cuando la omision recàia en descendientes que existian ya, y que tenian derecho á la herencia, el testamento era desde luego nulo y por el contrario cuando la pretericion se referia á póstumos ó á cuasi-póstumos, el testamento era válido al principio, pero se rompia despues por la agnacion ó por la cuasi-agnacion.

Circa adoptivos filios certam induximus divisionem.—En otro lugar (1) queda expuesta la variacion notable que Justiniano introdujo en las adopciones: consecuencia de ella es la division de que aquí se habla. Por la adopcion no plena, segun se dijo, el hijo solo adquiere el derecho de suceder *ab intestató* al padre adoptante, el cual, sin embargo, queda con una libertad ilimitada de testar; no tiene por lo tanto necesidad de instituir ó desheredar á su hijo civil, doctrina opuesta al antiguo derecho. Lo contrario sucede con respecto al padre natural, pues conservando el hijo dado en adopcion no plena los derechos á su sucesion, debe ser instituido ó desheredado. Respecto de la adopcion plena, en que el vínculo civil de la potestad concurre con

(1) §. 2, tít. XI, lib. I de estas Inst.

el natural de la sangre, en nada se innovó el derecho antiguo, y por lo tanto la institucion ó la desheredacion de este hijo adoptivo era absolutamente necesaria.

6 Sed si *in expeditione occupatus miles* testamentum faciat, et liberos suos jam natos vel posthumos nominatim non exhæredaverit, sed silentiô præterierit, *non ignorans*, *an habeat liberos*, *silentium* ejus *pro exhereditatione* nominatim factâ *valere*, constitutionibus principum cautum est.

Si el soldado hallándose en expedicion hiciese testamento y no desheredase nominalmente á sus descendientes nacidos ó póstumos, sino que los pasase en silencio, esta omision equivaldrá á una desheredacion nominal con arreglo á las constituciones imperiales, en el caso de que no ignorase que tenia tales descendientes. 6

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. inicial de la ley 12, tít. II, lib. XXXVIII del Dig).

Comentario.

In expeditione occupatus miles.—Expuesto dejo en otro lugar que el soldado al hacer testamento militar estaba exento, no solo de las formalidades externas, sino de las internas, esto es, de la necesidad de instituir ó de desheredar expresamente á las personas á que se debia la porcion legítima.

Non ignorans, an habeat liberos.—Como sucede en cuanto concierne á los testamentos militares, la voluntad indudable del soldado es la norma única que rige para su validacion. La cuestion, pues, versa aquí solamente acerca de conjéturas de intencion: el que creia que sus hijos habian muerto ó ignoraba que su mujer estaba en cinta, no puede decirse que quiso desheredar á aquellos ó al póstumo (1), por no hacer de ellos mencion. Lo contrario se presume cuando sabe su existencia.

Silentium pro exheredatione valere.—Infiérese de aquí que el privilegio concedido al soldado consiste mas bien en la forma de la desheredacion, que en el mismo derecho; esto es, el soldado haciendo testamento militar, ó instituye á su hijo ó lo deshereda siempre, porque en su silencio se reputa desheredado, lo que no sucede, como se ha visto, en el testamento comun.

7 Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut hæredes instituere, aut exheredare, sed *possunt* eos *omittere*. Nam silentium

La madre ó el abuelo materno no tienen necesidad de instituir á desheredar á sus descendientes, sino que pueden pasarlos en silencio: 7

(1) §. 2 de la ley 33; y §. 2 de la ley 36, tít. I, lib. XXIX del Dig.

matris aut avi materni ceterorumque per matrem ascendentium tantùm facit, quantum exheredatio patris (a). Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filià, si eum eamve hæredem non instituit, exheredare neccesse est, *sive de jure civili* quæramus *sive de edicto prætoris,* quô preteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit (b). Sed *aliud eis adminiculum* servatur, quod paulò post vobis manifestum fiet.

porque el silencio de la madre, del abuelo materno y de los demás ascendientes por la línea de la madre, produce el mismo efecto que la desheredacion del padre (a). No tiene necesidad la madre de instituir ó desheredar á su hijo ó á su hija, ni el abuelo materno á su nieto ó nieta, ni con arreglo al derecho civil ni por el edicto del pretor en que dá la bonorum posesion *contra tabulas* á los descendientes preteridos (b), sino que les queda otro recurso que os manifestaremos poco mas adelante.

ORIGENES.

(a) Conforme con Cayo. (Ley 13, tít. XVI, lib. XXXVIII del Dig.
(b) Copiado de Cayo. (§. 71, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Possunt omittere.—He fundado antes (1) la necesidad de la desheredacion romana en los vínculos de la familia civil, y en la especie de condominio que tenian con su jefe los descendientes á quienes no precedia otro en el órden de la generacion. Estas consideraciones no podian tener lugar con respecto á la madre y á los ascendientes maternos, que eran extraños á la familia á que sus descendientes pertenecian.

Sive de jure civili.—Con arreglo al derecho civil, la madre y los ascendientes maternos no tenian necesidad de instituir á sus descendientes, porque no eran herederos suyos.

Sive de edictô prætoris.—El pretor en su edicto al dar la bonorum posesion *contra tabulas* al hijo emancipado, se fundaba en una ficcion de *suidad*, esto es, como suponiendo ó que no habia tenido lugar la emancipacion ó que se habia rescindido. Esta ficcion no era acomodable á los descendientes por línea de hembra, que no estaban en potestad de la madre ni de los ascendientes maternos.

Aliud adminiculum.—Aluden estas palabras á la querella de testamento inoficioso, doctrina intimamente ligada con la que está comprendida en este título, y á que consagra Justiniano uno de los siguientes.

---

(1) Comentario al §. inicial de este título.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

La institucion de heredero no es necesaria en España para la validez del testamento (1), principio bien entendido y que fecundo en consecuencias, viene á dejar sin aplicacion algunas doctrinas que las leyes de Partida mutuaron de las romanas.

Peró aun mas digna de alabanza es en mi concepto la ventajosa combinacion de la libertad de testar, y de la coartacion de su abuso en los que tienen descendientes ó ascendientes, combinacion que á mi modo de ver satisface á todas las necesidades mucho mejor que las teorías que ya defienden ó ya reprueban en términos absolutos la facultad de testar. Por no anticipar las prescripciones de derecho español á las del romano, tengo que dejar esta materia para el título en que se trata de la querella del testamento inoficioso, en donde tendrá lugar la doctrina de las *legítimas*. Aquí solo diré que para privar á una persona de la legítima, es menester desheredarla expresamente, desheredacion que como mas adelante se expondrá, debe ser en virtud de justa causa, extensiva á toda la herencia, designando de un modo expreso la persona del desheredado, y hecha puramente y sin condicion (2). No solo los descendientes, sino tambien los ascendientes en defecto de los descendientes tienen legítima, y necesitan tambien en este caso ser desheredados justamente para ser excluidos de la luctuosa herencia de sus hijos. El testamento en que habiendo herederos forzosos son instituidos los extraños, es nulo con respecto á la institucion, si bien quedan subsistentes los demás capítulos (3).

Consagrado se halla tambien en España el principio de que los póstumos se consideran como nacidos siempre que se trate de su utilidad (4). Esta consideracion está igualmente subordinada á la condicion de su nacimiento: así es que los que nacen muertos, ni son considerados como nacidos, ni como concebidos para los efectos civiles. Para que una persona se repute como nacida debe nacer toda viva, en tiempo legítimo, y en que naturalmente pueda vivir, gozar de la vida por veinticuatro horas, y ser bautizada (5). El defecto en algun miembro ó parte del cuerpo no daña para esta consideracion,

---

(1) Ley 1, tit. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Leyes 3 y 10, tit. VII, Part. VI.
(3) Leyes 1 y 10, tit. VII, Part. VI; y ley 1, tit. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Ley 3, tit. XXIII, Part. IV.
(5) Ley 2, tit. V, lib. X de la Nov. Rec.

pero si el no tener forma ó figura humana, ó ser mónstruo. Exigiéndose, como se verá mas adelante, justa causa para la desheredacion, es claro que no hay términos hábiles para que sean desheredados los póstumos, puesto que no pueden haber cometido ninguna de las graves faltas que autorizan este castigo.

La igualacion de derechos en las sucesiones paternas y maternas, hace desaparecer tambien la diferencia en la desheredacion entre los descendientes por línea varonil ó femenina, como aparecerá con mayor claridad cuando se trate de la doctrina de las legítimas.

TITULUS XIV.

De hæredibus instituendis.

TITULO XIV.

De la institucion de los herederos.

La institucion de heredero es *la designacion del individuo ó de los individuos que han de representar la persona jurídica del testador.* Necesaria, segun los principios romanos, en los testamentos, daba existencia á todas las demás disposiciones que contenian. Como cabeza y fundamento de la disposicion testamentaria debia preceder á todas sus demás cláusulas, que puestas con antelacion no eran válidas, á no ser que versaran acerca de la desheredacion (1) ó de la tutela (2): excepciones introducidas, la primera como medio de llegar á la institucion removiendo las dificultades que á la sucesion extraña oponia el heredero suyo; la segunda por una interpretacion favorable al amparo de los huérfanos. Investigando el orígen de la necesidad de la institucion de heredero, y del lugar preeminente que debia tener, se encuentra plenamente justificada en la historia. El testamento, como queda dicho, primitivamente era una ley privada; el súbdito de esta ley era el heredero, que estaba en su virtud obligado á dar las libertades, á pagar las mandas, y á llenar en todas sus partes la voluntad del testador; por lo tanto era necesario que empezase el testamento designando este súbdito, que á la vez debia continuar la persona del difunto, y obedecer sus preceptos.

Pasando del primitivo testamento al de *per æs et libram,* se observará que originariamente era una solemnidad esencial que en él interviniera el heredero, como comprador de la familia, á quien el testador ordenaba lo que queria que hiciera despues de la muerte, y que aun cuando fué ya formularia la intervencion de este comprador, se

(1) Principio de la ley 1, tit. V, lib. XXVIII del Dig.
(2) §. 3, tit. XIV, lib. I de estas Inst.

exigia precisamente la nuncupacion del heredero, sin la cual no podian tener aplicacion las demás disposiciones ni las formalidades externas del testamento. En tiempo de Justiniano la diversidad de fórmulas permitia ya derogar la escrupulosidad del antiguo derecho; así, si bien dejó subsistente el principio de la necesidad de la institucion, hizo desaparecer como una sutileza la de que fuera el principio del testamento (1), evitando de este modo que una mera fórmula, que carecia entonces de objeto, viniera á destruir en parte las últimas voluntades.

Solo las personas que tienen una incapacidad legal, están privadas de poder ser instituidas herederos. Diminuto por demás está el Emperador en este título, concretándose por lo que concierne á la cuestion presente á hablar de la institucion de los esclavos en sus diferentes aspectos. Tengo por lo tanto que suplir sus omisiones, mucho mas cuando las prohibiciones del derecho romano, que aquí dejan de expresarse, han tenido grande influencia en las leyes posteriores de los pueblos modernos. En su enumeracion prescindiré de las incapacidades para heredar, que establecidas por derecho antiguo habian ya desaparecido: tales son las que la ley Voconia imponia á las mujeres (2); la de la ley Junia á los célibes, pena suprimida despues por el Emperador Constantino; la de la ley Papia Poppea á los que no tenian hijos, y la exclusion de los dioses, aunque se introdujeron privilegios á favor de algunas divinidades gentílicas.

El principio de que la sucesion era de derecho quiritario, requeria que el heredero tuviera la cualidad de ciudadano romano, y como se finge, segun he dicho en otro lugar, que los tres tiempos de la formacion del testamento, de la muerte y de la adicion de la herencia, son uno mismo, era necesario que en todos ellos la tuviera, no perjudicándole su pérdida en los períodos intermedios (3). Por esto es que en tanto podian ser instituidos los esclavos, en cuanto adquirian la libertad romana, ó eran considerados con relacion á la persona de sus señores: por esto tambien se excluia á los peregrinos (4), á los condenados á las minas (5), quienes, como se ha visto, se hacian esclavos de la pena, y á los deportados (6), porque no gozaban de la libertad romana.

Pero á pesar del principio general que daba á los ciudadanos romanos el derecho de ser instituidos herederos, habia dos clases de pro-

---

(1) §. 34, tít. XX de este Libro.
(2) §. 274, Com. II de las Inst. de Cayo.
(3) §. 1 de la ley 49, tít. V, lib. XXVIII del Dig.
(4) §. 2 de la ley 6, tít V, lib. XXVIII del Dig.
(5) §. inicial; y §. 1 de la ley 3, tít. VIII, lib. XXIV del Dig.
(6) Ley 1, tít. XXIV, lib. VI del Cód.

hibiciones, en virtud de las cuales quedaba limitada la facultad de los testadores en la eleccion de la persona que debia sucederlos. De estas incapacidades unas eran absolutas y otras respectivas: las absolutas tenian lugar en todas las sucesiones; las respectivas se referian solo á algunas especiales.

Estaba absolutamente prohibido instituir á los hijos varones de los reos de lesa majestcd, á quienes el rigor de una ley bárbara privaba además de los bienes paternos y maternos (1); á los apóstatas y herejes (2) en atencion á motivos religiosos; y á los colegios ó corporaciones no aprobadas por el príncipe (3), prohibicion justa, porque no tenian el concepto, y por lo tanto ni la capacidad de personas jurídicas.

Tenian prohibicion respectiva el príncipe cuando era instituido con la condicion de que continuase un pleito que seguia el testador (4), doctrina que se fundaba en el principio de equidad de no oponer al colitigante un adversario mas poderoso, el cónyuge de segundas nupcias que no podia recibir mas de lo que tocase al hijo del primer matrimonio que percibiera menos (5); los padres é hijos incestuosos entre sí (6); y por último, los hijos naturales habiendo otros legítimos (7).

Hæredes instituere permissum est, *tam liberos homines*, *quàm servos*, et *tàm proprios, quàm alienos.*

Pueden ser instituidos herederos tanto los hombres libres como los esclavos, y tanto los esclavos propios como los ajenos.

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§. 185. Com, II de sus Inst.)

Comentario.

Tàm liberos homines, *quàm servos.*—Lo contrario deberia decir: *tàm servos, quàm liberos homines*, pues que, como con razon nota Vinnio, menos dudas podian caber en la institucion del hombre libre que en la del esclavo. Coincide esta observacion con lo que dice Cayo en el párrafo de sus instituciones (8), de que tomó sin duda Justiniano el presente texto; *sicut liberi homines,ità et servi tàm nostri, quàm alieni hæredes scribi possunt.*

---

(1) §. 1 de la ley 5, tit. VIII, lib. IX del Cód.
(2) Ley 5, tit. VII, lib. I del Cód.
(3) Ley 8, tít. XXVI, lib. VI del Cód.
(4) Ley 91, tit. V, lib. XXVIII del Dig.
(5) Ley 9, tít. IX, lib. V del Cód.
(6) Ley 6, tít. V, lib. V del Cód.
(7) Ley 2, tit. XXVIII, lib. V del Cód.
(8) §. 185 del Com. II.

Tàm proprios, quàm alienos.—Los esclavos considerados como tales no podian ser instituidos herederos, pues que la ciudadanía romana y la esclavitud eran incompatibles; pero su institucion se sostenia en cuanto se consideraba que podian adquirir la libertad, ya con la herencia, ya antes de la muerte del testador, ó que adquirian la herencia para sus dueños en el caso de que estos tuvieran la capacidad de ser instituidos.

Proprios autem olim quidèm, secundùm plurium sententias, *non alitèr, quàm cum libertate*, rectò instituere licebat (*a*). Hodiè verò etiam sine libertate, ex nostrâ constitutione (*b*), hæredes eos instituere permissum est. *Quod non per innovationem* induximus, sed quoniam et æquius erat, et Atilicino placuisse Paulus *suis libris, quos tàm ad Masurium Sabinum, quàm ad Plautium scripsit*, refert. *Proprius* autem *servus* etiam *is intelligitur*, in quô nudam proprietatem testator habet, aliô usumfructum habente. Est autem casus, in quô *nec cum libertate utilitèr* servus à dominâ hæres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt: «Servum adulterio maculatum non jure testamentô manumissum ante sententiam ab eâ muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est, quare sequitur, ut in eumdem à dominâ collata institutio nullius momenti habeatur (*c*).» *Alienus servus* etiam is intelligitur, *in quo usumfructum* testator habet.

Antiguamente, con arreglo á la opinion de muchos, solo se podia instituir por herederos á los esclavos propios dejándoles la libertad (*a*): mas hoy, segun nuestra constitucion (*b*), se los puede instituir sin expresar que se les manumite. Esto no es una innovacion nuestra, pues que Paulo, en sus anotaciones á los libros de Masurio Sabino y de Plaucio, dice que era la misma la opinion de Atilicino, la cual nosotros hemos seguido como mas equitativa. Repútase tambien por esclavo propio aquel en que el testador tiene la mera propiedad y otro el usufructo. Hay un caso en que la institucion del esclavo, aun con libertad, hecha por su señora es inútil, como se previene en una constitucion de los Emperadores Severo y Antonino, que dice así: «La razon aconseja que un esclavo, manchado con adulterio, no pueda, antes de la sentencia, ser manumitido válidamente en testamento por la mujer que es acusada como su cómplice, de lo cual se sigue que la institucion hecha en él por su señora carece de todo valor (*c*). Por esclavo ajeno se entiende tambien aquel en que el testador tiene el usufructo.

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§§. 186 y 187. Com. II de sus Inst.)
(*b*) Esta constitucion es la ley 5 del tít. XXVII, lib. VI del Cód.
(*c*) Tomado de Marciano. (§. 2 de la ley 48, tit. V, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Non alitèr, quàm cum libertate.—En otro lugar (1) se ha manifestado ya que Justiniano resolvió esta cuestion agitada entre los antiguos jurisconsultos.

Quod non per innovationem.—Lo contrario dijo el Emperador en el Libro primero de esta obra (2), atribuyendo la variacion á sí mismo, é invocando los intereses de la humanidad, *novâ humanitatis ratione.* Efectivamente á Justiniano se debe el haber fijado la doctrina del texto, si bien estaba ya fundada en la opinion de algunos antiguos jurisconsultos, por lo que sin duda no reclama aquí la gloria de la invencion.

Suis libris, quos tàm ad Masurium Sabinum, quàm ad Plautium scripsit.—He traducido estas palabras refiriéndolas, no como véo que hacen algunos intérpretes modernos, á los libros que Paulo dirigió á Sabino y á Plaucio, sino á las anotaciones que puso á los libros de los mismos jurisconsultos. Para ello me fundo en que segun la mejor opinion Plaucio floreció en el Imperio de Vespasiano, y Masurio Sabino positivamente en el de Tiberio, al paso que Paulo escribió en tiempo del Emperador Alejandro. La distancia que medió de aquellas á estas épocas hace imposible se dé otra interpretacion. Así lo entendieron tambien Viglio, Otton y Misingero.

Propius servus is intelligitur.—Consecuencia de esta doctrina es que si el esclavo está instituido heredero por el que tiene la mera propiedad, deducido el usufructo, será de igual condicion que si lo fuera por el señor absoluto. No sucedia así en el antiguo derecho, pues en tal caso no era reputado libre, sino como un esclavo sin dueño (3). Justiniano reformó este rigor, estableciendo que quedase manumitido y continuase sirviendo de hecho al usufructuario; así adquiriendo para sí, se aprovechaba de la institucion.

Nec cum libertate utilitèr.—No pudiendo ser manumitido el esclavo que con su señora cometiera el delito de adulterio, como en otro lugar queda expuesto, antes de la terminacion del juicio, es claro que tampoco habia de poder ser instituido heredero, porque en el esclavo propio no es subsistente la institucion sin la libertad.

Alienus servus, in quô usumfructum.—Todo usufructo está constituido en cosa ajena; así es que las palabras del texto aplican solo una regla general á un caso particular. Consecuencia de esta dotcrina es

---

(1) Comentario al § 2, tit. VI, lib. I de estas Inst.
(2) Ley 2, tit. VI.
(3) §. 19, tit. I de las Reglas de Ulpiano.

que nada adquiria para sí el esclavo fructuario cuando era instituido heredero, tanto porque con la muerte del usufructuario el usufructo se extinguia consolidándose con la propiedad, como porque al esclavo ajeno no podia dejársele la libertad con efecto: la institucion, pues, hecha á su favor se convertia en el del propietario.

1 Servus autem à dominô suô hæres institutus, si quidèm *in eâdem causâ manserit*, fit ex testamentô liber, *hæresque necessarius*. Si veró *à vivo testatore manumissus* fuerit, suo arbitrio adire hereditatem potest, quia non fit necessarius, cum utrumque ex domini testamentô non consequitur. *Quod si alienatus fuerit*, jussu novi domini adire hæreditatem debet, et eâ ratione per eum dominus fit hæres: nam ipse alienatus neque liber neque hæres esse potest, etiamsi cum libertate hæres institutus fuerit: destitisse etenim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. *Alienus* quoquè *servus hæres institutus*, si in eâdem causâ duraverit, jussu ejus domini adire hæreditatem debet. Si verò alienatus ab eo fuerit, aut vivô testatore, aut post mortem ejus *antequàm adeat*, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivô testatore, vel mortuô antequàm adeat, suo arbitrio adire hæreditatem potest (*a*). *Servus alienus post domini mortem* rectè hæres instituitur, quia et *cum hæredatariis servis est testamenti factio*: nondùm enim adita hæreditas *personæ vicem sustinet*, non hæredis futuri, sed defuncti, cum et *ejus, qui in utero est*, *servus* rectè hæres instituitur (*b*).

El esclavo instituido heredero por su señor, si permanece en la misma condicion, se hace libre y heredero necesario en virtud del testamento. Si fué manumitido por el testador cuando vivia, podrá ó no adir la herencia segun su voluntad, porque no es heredero necesario, pues que no adquiere por el testamento de su señor la libertad y la herencia. Si ha sido enajenado, debe adir la herencia por órden de su nuevo señor, que con este motivo, por medio de él se hace heredero; porque el que ha sido enajenado no puede ser libre ni heredero aunque haya sido instituido con libertad, pues su señor al enajenarlo ha manifestado que desistia de dársela. El esclavo ajeno instituido heredero, si permanece en la misma condicion, debe adir la herencia por órden de su señor. Mas si fuere enajenado por él, ó bien en vida del testador, ó bien despues de su muerte ó antes de la adicion, debe adir por órden de su nuevo dueño. Pero si ha sido manumitido viviendo el testador, ó despues de su muerte antes de la adicion, podrá hacerlo ó no á su arbitrio (*a*). El esclavo ajeno puede ser instituido heredero despues de la muerte de su señor, porque la testamentifaccion tiene lugar con los esclavos hereditarios, y la herencia, antes de la adicion, hace veces no de la persona del heredero futuro, sino del difunto: se puede tambien asímismo instituir heredero al esclavo del que está aun en el vientre de su madre (*b*). 1

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§§. 188 y 189, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Cayo. (§. 1, ley 31, tít. V, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

In eâdem causâ manserit.—Esto es, que permanezca el esclavo en la misma condicion de esclavitud, y en la potestad del mismo dueño, de modo que despues de la ordenacion del testamento no haya sido ni manumitido ni enajenado. La libertad y la herencia en este caso venian simultáneamente, pues que en tanto podia ser instituido por heredero el esclavo propio, en cuanto se consideraba en él la capacidad de poder obtener la libertad romana y continuar en su consecuencia la persona jurídica de un ciudadano. Por esto es que siempre que por cualquier razon dejara de ser válida la manumision concedida expresa ó tácitamente al esclavo propio instituido heredero, dejaba de ser eficaz la institucion.

Hæresque necessarius.—Como mas adelante se dirá (1), el esclavo propio instituido heredero adquiria por la muerte de su señor la libertad y la herencia, aunque no la quisiera.

A vivô testatore manumissus.—Se entiende esta manumision despues de la institucion de heredero. Una vez manumitido el esclavo, tenia como hombre libre el derecho de adir ó no la herencia que se le dejaba: los únicos vínculos que producia la manumision eran los del patronato, y estos no se extendian á la obligacion de ser en algun caso heredero necesario.

Quod si alienatus fuerit.—El esclavo que al hacerse el testamento correspondia al testador, y despues de hecho fué enajenado, era esclavo ajeno al tiempo de la muerte de aquel, y por lo tanto adquiria la herencia para su nuevo dueño, con cuya órden solo puede adirla. Si se le dejaba la libertad simultáneamente con la herencia, aquella como otorgaba á un esclavo ajeno no tenia lugar; al rigor de los principios se agrega en este caso la presuncion de que mudó el testador de voluntad, como dice el texto.

Alienus servus hæres institutus.—El esclavo ajeno, incapaz por sí mismo de ser instituido heredero, podia serlo por la persona de su dueño, cuando este no tenia inhabilidad legal. La herencia en tal caso, seguia al esclavo en el cambio que pudiera tener su condicion, y en el caso de sẽr enajenado, era adquisicion para el nuevo propietario.

Antequàm adeat.—En el caso de la institucion del esclavo propio,

(1) §. 1, tít. XIX de este mismo libro.

se atendia al tiempo de la muerte para que adquiriera la libertad y la herencia: en el de la institucion del esclavo ajeno se consideraba el tiempo de la adicion para saber á qué dueño debia corresponder la herencia, porque solo entonces tenia lugar la adquisicion.

Servus alienus post domini mortem.—Es decir, el esclavo hereditario.

Cum hæreditariis servis est testamenti factio.—Por siervo hereditario debe entenderse aquel cuyo dueño ha muerto mientras está sin adir la herencia: la duda de si podia ó no ser instituido, debia dimanar de que no tenia señor en virtud de cuya capacidad adquiriera; la ficcion de que habla el texto vino á destruir semejante escrúpulo.

Personæ vicem sustinet.—La herencia cuando está *yacente*, esto es, en el intermedio de la muerte del testador y de la adicion, tiene el concepto de una persona jurídica: de este modo se llena el vacío que hay entre el antiguo propietario y el del que lo ha de reemplazar. El Emperador dice aquí que esta personalidad de la herencia se considera como continuacion de la del difunto: en otra ocasion (1) adopta por el contrario la doctrina de que representa al heredero, lo que se conforma con el efecto retroactivo que se da á la adicion, la cual se reputa hecha al tiempo de la muerte del testador (2). Sutil é ingeniosamente en mi opinion concilia Vinnio ambas proposiciones, probando con textos oportunos que cuando se considera á la herencia como yacente, representa al difunto, y cuando se la considera como adida al heredero.

Ejus, qui in utero est, servus.—Quiere decir, el esclavo de una herencia á que es llamado el que está aun en el vientre de su madre.

3 Servus plurium, *cum quibus testamenti factio est*, *ab extraneo* institutus hæres, unicuique dominorum, cujus jussu adierit, pro portione dominii acquirit hæreditatem (*a*).

4 Et unum hominem, et plures *in infinitum*, quod quis velit, hæredes facere licet.

3 El esclavo de muchos señores, con los cuales hay testamentifaccion, cuando es instituido heredero por un extraño, adquiere la herencia para cada uno de los dueños por cuya órden hace la adicion, proporcionalmente á las partes de dominio (*a*).

4 Puede constituirse un solo heredero ó muchos hasta lo infinito, en el número que cada uno quiera.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (Ley 67, tit. II, lib. XXIX del Dig.)

---

(1) Ley 24, tit. II, lib. XLVI del Dig.
(2) §. inicial de la ley 138, tit. XVII, lib. L del Dig.

Comentario.

Cum quibus testamenti factio est.—En tanto, como queda dicho, puede sostenerse la institucion del esclavo, en cuanto tiene su señor capacidad de ser heredero.

Ab extraneô.—¿Y qué sucederia en el caso de que uno de los condueños hubiera nombrado heredero al esclavo comun? Poco dudosa parece la respuesta, si al mismo tiempo el testador le dejaba expresamente la libertad, pues entonces el esclavo adquiria al mismo tiempo la libertad y la herencia, debiendo ser indemnizados los condueños por su parte de dominio con arreglo á una disposicion de Justiniano ya expuesta anteriormente (1): si no se dejara al esclavo expresamente la libertad, parece que en su persona ha querido el testador instituir por herederos á los condueños, pero si por cualquiera de las cláusulas del testamento apareciere que la intencion fué la de que el esclavo fuera libre y heredero, no es admisible la conjetura que se deduce de su silencio, y entonces será lo mismo que si expresamente la hubiera dado la libertad y la herencia.

In infinitum.—No quiere decir un número infinito, sino un número indefinido de herederos.

5 *Hæreditas plerumquè dividitur in duodecim uncias*, quæ assis appellatione continetur. Habent autem et hæ partes propria nomina ab unciâ usque ab assem, ut putâ hæc: *sextans*, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx (*a*), as. Non autem utiquè duodecim uncias esse oportet. Nam tot unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit, et si unum tantum quis ex semisse verbi gratiâ heredem scripserit, *totus as in semisse* erit: neque enim idem ex parte testatus, et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testandô spectatur. Et è contrariô, potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hæreditatem dividere (*b*).

La herencia se divide comunmente en doce onzas, y está comprendida bajo la denominacion *as*. Las diferentes partes tienen nombres propios desde la onza hasta el as, á saber: *uncia*, *sextans*, *quadrans*, *triens*, *quincunx*, *semis septunx*, *bes*, *dodrans*, *dextans*, *deunx* (*a*), *as*. No es necesario que siempre sean doce onzas, porque el testador puede formar el as con el número de onzas que quisiere, y si nombrase á uno solo por heredero señalándole v. gr. seis onzas, las seis onzas constituirán el as, porque ninguno puede morir parte testado y parte intestado, á no ser el militar, en cuya última disposicion se atiende solo á su voluntad. Por el contrario, cualquiera puede dividir su herencia en un número mayor de onzas si quisiere (*b*). 5

(1) §. 4, tit. VII de este Libro.

ORIGENES.

(a) Copiado de Ulpiano. (§ 2, ley 50, tít. V, lib. XXVIII del Dig.)
(b) Conforme con Ulpiano. (§§. 1, 2, 4, 6 y 7, ley 13, tít. V, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Hæreditas dividitur.—Para la mas fácil inteligencia de este texto y de los tres siguientes, expondré aquí toda la teoría general de la materia que comprenden, sin perjuicio de interpretar despues las palabras que lo requieran.

Era un principio general en derecho romano, que ninguno podia morir parte testado y parte intestado, regla inflexible y rigurosa de que solo, como advierte oportunamente el texto, estaba eximido el testamento privilegiado de los soldados. De este principio se desprendia como necesaria consecuencia, que la disposicion del testador debia extenderse á todas y á cada una de las cosas que constituian el patrimonio; en el caso de que el tenor literal de las palabras del testamento no estuviera ajustado al de la ley, una interpretacion legal venia en auxilio de la última voluntad, dándole la significacion que necesitaba para que pudiera sostenerse con arreglo á las doctrinas admitidas. Esta es la teoría que puede considerarse como la base del texto.

Supuesta, pues la necesidad en que estaba constituido el testador de disponer de todas las partes de la herencia, la ley establecia reglas para fijar el modo de suplir sus omisiones. Al efecto aumentaba al heredero ó herederos instituidos en parte, la de que no habia hecho expresion el testador. Cuando uno solo era el heredero nombrado, no habia dificultad práctica de aplicacion; pero sí podia ofrecerse cuando eran varios los instituidos. Para la completa inteligencia de esta materia debo descender á considerar los casos en que el testador instituyera á varios por herederos sin expresar partes, ó diciendo que fueran iguales, ó marcando partes desiguales, ó por último haciendo expresion de partes en unos y omitiéndolas en los otros.

Cuando el testador instituia á varios por herederos, ó bien por partes iguales, ó bien sin hacer mencion de partes, todos lo eran en la misma cantidad, y la herencia se distribuia en tantas porciones iguales, cuantos eran los herederos instituidos.

Mas si al instituir á varios herederos hacia designacion de partes, diferentes eran los modos que podia emplear: uno era dividir toda la herencia en fracciones, que juntas formaran la unidad, por ejemplo, dejando á uno tres sextas partes, á otro dos sextas partes, y á un tercero una sexta parte: esto no presentaba dificultad, porque al mismo tiempo que el testador disponia de toda la herencia, no lo hacia de mas

que de ella. Lo mismo se verificaba en el caso de dar distinto denominador á las fracciones, de suerte que todas ellas por una operacion aritmética vinieran á formar la unidad: por ejemplo, dejando á uno la mitad, la cuarta parte á otro, á otro la décima, y á otro seis cuadragésimas partes de su herencia. Pero si el testador al dividir la herencia venia á distribuir menos partes de las que formaban la unidad, era necesario que las remanentes fueran aumento proporcional de las que estaban señaladas, porque nadie podia morir parte testado y parte intestado. Si por el contrario dividia la herencia en mas partes que las que cabian en la unidad, se entendia que proporcionalmente debian las marcadas sufrir la diminucion necesaria, porque nadie podia disponer de mas que de su patrimonio.

Para evitar estas complicaciones se valieron los romanos de un medio que las salvaba: consistia este en señalar partes de la herencia sin ponerles denominador, partes que si bien serian inciertas si se las considerase aisladamente, representaban valor fijo con relacion al todo, pues que tenian por denominador comun el número á que ascendia la suma de todos los numeradores. Así, por ejemplo, si decia el testador: doy á Seyo cuatro partes de mi herencia, siete á Cayo, dos á Sempronio y tres á Ticio, su herencia se reputaria dividida en diez y seis partes, cantidad á que asciende el total de las dejadas á todos, y denominador comun de las fracciones señaladas á cada uno que venian á quedar de numeradores. Libre era asi el testador en señalar el número de partes en que su herencia debia ser distribuida: el uso, sin embargo, mas general era dividirla en doce partes ú onzas siguiendo el sistema que tenian adoptado para los pesos, cuya unidad era el *as*, *pondius* ó *libra*.

Esta costumbre, si bien en nada variaba la libre facultad de dividir que tenian los testadores, produjo sus efectos en el caso de que se expresasen las partes en que eran instituidos algunos de los herederos, y se omitiesen respecto de los demás, pues entonces se suponia que el testador se referia á la division generalmente admitida, y que en defecto de su voluntad conocida adoptaba la usual. Asi si decia el testador: *nombro por mis herederos á Ticio, Seyo, Cayo. Sempronio y Mevio*, al primero en cuatro partes, al segundo en tres, al tercero en dos, y no expresaba parte en los dos últimos, ó solo se referia á lo restante de su herencia, estos se entendian instituidos en tres dozavas partes, que eran las que quedaban vacantes para completar el as hereditario. No hablo aquí del derecho de acrecer que habia entre los que estaban instituidos conjuntamente, tanto para evitar complicacion en las doctrinas, cuanto porque se presentará mas oportuna ocasion en adelante.

Pero no es suficiente la doctrina hasta aquí expuesta para resol-

ver las dificultades que podian ocurrir en el caso en que el testador expresase partes en uno y dejase de hacerlo en los otros; pues á las veces en la designacion de las que expresaba, llegaba ó excedia al número de doce partes, que era el que ordinariamente formaba la unidad: entonces se reputaba que en lugar de dividir el testador la herencia en doce onzas, *pondius*, lo habia hecho en veinticuatro, *dupondius*. Así, si el testador decia, nombro á Ticio heredero en diez onzas, á Seyo en ocho y á Mevio en lo restante, Mevio lo seria en $^{6}/_{24}$, ó lo que es lo mismo, en una cuarta parte de la herencia. Del mismo modo cuando llegaba ó excedia el testador de las partes designadas del *dupondius*, se entendia la herencia dividida en treinta y seis onzas, *tripondius*, y así sucesivamente se consideraba distribuida en el número de onzas necesario, para que no fuera ociosa la institucion de alguno de los herederos.

Sentados estos principios generales, fácil será comprender los textos del Emperador acerca de la division de la herencia.

Plerumquè.—Esta palabra se usa con oportunidad, pues que como queda dicho, el testador podia dividir la herencia en el número de partes que quisiera, si bien la distribucion del texto era la mas frecuente, y la que en el silencio del testador introducia la ley interpretando su voluntad.

In duodecim uncias.—Solo habla aquí el Emperador de la division del *as hereditario* en doce onzas, pero no de las fracciones de la onza, que no carecian de nombres especiales: así su mitad se llamaba *semuncia*, le tercera parte *duella* ó *binœ sextulœ*, la cuarta *sicilium*, la sexta *sextula*, la octava *drachma*, la duodécima *hemisescla* ó *dimidia sextula*, la décima sexta *tremissis*, y *scrupulus* la vigésima cuarta.

Sextans.—En todas las fracciones del as hereditario puede encontrarse fácilmente la analogía de los nombres con la idea que representan: *sextans*, la sexta parte de la herencia ó dos onzas: *quadrans*, la cuarta parte ó tres onzas: *triens*, la tercera parte ó cuatro onzas: *quincunx*, es decir, *quinque unciœ*, cinco onzas; *semis*, contraccion de *semiasis*, la mitad de la herencia ó seis onzas; *septunx*, esto es, *septem unciœ*, siete onzas; *bes*, contraccion de *bis triens*, ocho onzas; *dodrans*, contraccion de *demptò cuadrante*, la herencia menos una cuarta parte, ó lo que es lo mismo, nueve onzas; *dextans* contraccion de *demptô sextante*, la herencia menos una sexta parte, esto es, diez onzas; dáseles tambien el nombre de *decunx* ó *decem unciœ*; por último, *deunx*, es decir, el as *demptâ unciâ* que equivale á once onzas.

Totus as in semisse.—Esto se introdujo para salvar el principio de que nadie podia morir parte testado y parte intestado; no por inter-

pretacion de la voluntad del testador, que era consultada con mayor amplitud en el testamento privilegiado de los soldados. Lo mismo sucedia en el caso de que la institucion fuera, no para toda la herencia sino para una cosa determinada, pues entonces teniéndose como no hecha la expresion de la cosa, el instituido seria el heredero universal (1).

6 Si plures instituantur, ità demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos æquis ex partibus hæredes esse: satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos hæredes esse.

Si son muchos los herederos instituidos, es necesaria la distribucion de partes solo en el caso de que el testador no quiera que lo sean con igualdad, pues que si no hace distribucion de partes, demuestra bastantemente que deben ser herederos por partes iguales. 6

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 12, ley 9, tít. V, lib. XXVIII del Dig.)

6 Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidèm aliqua pars assi deerit, ex eâ parte hæres fiet; et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eamdem partem concurrent. Si verò totus as completus sit, in partem dimidiam vocantur, et ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest, primus, an medius, an novissimus sine parte scriptus sit: ea enim pars datâ intelligitur, quæ vacat.

Expresadas las partes en las personas de algunos, si hay otro en que no se haga expresion de partes, será heredero de la que faltare para completar el as; si hubiere muchos instituidos sin expresion de parte, todos concurrirán á esta misma parte. Mas si todo el as está completo, son llamados á la mitad los que tienen partes expresas, y aquel ó aquellos que no las tienen designadas, á la otra mitad. No importa el lugar en que esté escrito el heredero sin parte, bien sea el primero, el segundo ó el último, porque siempre se cree que le corresponde la parte vacante. 6

ORIGENES.

Conforme con Paulo (§. 6, tít. VI, lib. III, de sus Sent.)

7 Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte hæres institutus sit, quid juris sit? Veluti si tres ex quartis partibus

Veamos qué derecho rige en el caso de que haya una parte vacante, y sin embargo ninguno de los instituidos carezca de designacion 7

(1) §. 4 de la ley 1, tít. V, lib. XXVIII del Dig.

hæredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacitè pro hæreditariâ parte accedere, et perindè haberi, ac si ex tertiis partibus hæredes scripti essent, et ex diversô, si plures in portionibus sint, tacitè singulis decrescere, ut si verbi gratia quatuor ex tertiis partibus hæredes scripti sunt, perindè habeantur, ac si unusquisque in quartâ parte scriptus fuisset.

de la suya: por ejemplo, si tres herederes han sido instituidos por una cuarta parte. Entonces la parte vacante debe acrecer á cada uno de ellos tácitamente con proporcion á la parte hereditaria, y por lo tanto se considerará que han sido instituidos por terceras partes. Por el contrario, si son mas los instituidos que las partes, decrecerán estas á cada uno tácita y proporcionalmente; por ejemplo, en caso que se instituyesen cuatro herederos, cada uno en una tercera parte, se consideraria como si estuviera instituido cada uno en una cuarta parte.

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§§. 2, 3, 4 y 5, ley 13, tít. V, lib. XXVIII del Dig.)

8 Et si plures unciæ, quam duodecim, distributæ sunt, is qui sine parte institutus sit, quod dupondio deest, habebit, idemque erit, si dupondius expletus sit, quæ omnes partes ad assem posteà revocantur, quamvis sint plurium unciarum.

En el caso de que se distribuyeren mas de doce onzas, el que está instituido sin parte tendrá la que falta para constituir el dupondio; lo mismo acontecerá en el caso de que se haya completado el dupondio, trayéndose todas estas onzas al as para su cómputo, aunque el as exceda de las doce onzas. 8

ORIGENES.

Conforme con Hermogeniano. (Ley 87, tít. V, lib. XXVIII del Dig.)

9 Hæres et *purè* et *sub conditione* institui potest (*a*). *Ex certô tempore* aut ad certum tempus *non potest*, veluti POST QUINQUENNIUM, QUAM MORIAR, vel EX CALENDIIS ILLIS, aut USQUE AD CALENDAS ILLAS HÆRES ESTO. Deniquè diem adjectum pro supervacuô haberi placet, et perindè esse, ac si purè hæres institutos esset (*b*).

La institucion de herederos puede 9 ser pura ó condicional (*a*), pero no desde cierto tiempo ó hasta cierto tiempo, por ejemplo: Á LOS CINCO AÑOS DESPUES DE MI MUERTE Ó DESDE TALES CALENDAS Ó HASTA TALES CALENDAS. El dia añadido se tiene por no puesto, y en tal caso al heredero como si estuviese instituido puramente (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial, ley 4, tít. V, lib. XXXVII del Dig.)
(*b*) Conforme con Papiniano. (Ley 34, tít. V, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Purè.—Esto es, sin añadir dia, ni condicion de que la institucion dependa: en este caso por la muerte del testador se adquiere el derecho de heredar.

Sub conditione.—Por condicion se entiende *un acontecimiento incierto y futuro de que se hace depender la fuerza de derechos determinados.* Dividese en *posible* é *imposible*: de esta última habla el texto que sigue: el que ahora comento, se limita á la posible. Puede ser esta ó *suspensiva* ó *resolutiva* (1), segun si de ella depende el principio ó el fin de un acto jurídico: *afirmativa* ó *negativa* por referirse á un acontecimiento que há ó no de verificarse; y por último, *potestativa, casual* ó *mixta*, por depender su cumplimiento ó de la voluntad de aquel á que se impone, ó del azar, ó de una y otra circunstancia (2). Mientras es incierto si se cumplirá ó no la condicion, se dice que está en suspenso, *pendet*; que tiene lugar, *existit*, cuando llega el acontecimiento; y que se desvanece, *deficit*, cuando ya se sabe que no puede suceder.

En el caso de que al fallecimiento del testador hubiese ya tenido lugar la condicion, faltando el acontecimiento futuro é incierto de que la institucion dependia, será lo mismo que si esta estuviera hecha pura y simplemente. Pero si está aun pendiente la condicion, hasta que tenga lugar permanece tambien pendiente el derecho del heredero, y el dia en que se verifica reemplaza al de la muerte del testador en las instituciones puras. Así, del mismo modo que si aquel que ha sido instituido heredero simplemente, muere antes que el testador, pierde el derecho á la sucesion, que no trasmite á sus herederos, el que lo es condicional y muere en el intermedio de la muerte del testador, y del cumplimiento de la condicion, nada adquiere ni trasmite. Pero no por esto puede decirse que el dia del cumplimiento de la condicion se retrotrae al de la muerte del testador; esto induciria al error de creer que para la capacidad del heredero debia atenderse á este último tiempo. No obsta á lo dicho la consideracion de que el heredero por la adicion se encuentra en el mismo caso que si hubiera sucedido al testador en el momento de la muerte, doctrina comun á las instituciones puras y condicionales, que no destruye el principio de que en el intermedio de la muerte y de la adicion la herencia yacente representa la persona del difunto (3).

Ex certô tempore.—Obsérvese ante todas cosas que aquí se habla

(1) Ley 2, tit. II, lib. XVIII del Dig.
(2) §. 7 de la ley única, tít. LI, lib. VI del Cód.
(3) Ley 54, tít. II, lib. XXIX del Dig.

del dia cierto, doctrina que explícitamente excluye el dia incierto puesto en la institucion, porque su señalamiento equivale á una institucion condicional. Así si el testador dijere: *nombro á Ticio por mi heredero el dia que contraiga matrimonio*, esto seria lo mismo que decir: *nombro á Ticio por mi heredero si se casa*; por lo tanto se seguirian entonces las mismas reglas que se han expuesto respecto de la institucion hecha condicionalmente (1). El dia cierto añadido á la institucion es, pues, el que se sabe que ha de llegar; por ejemplo, el primer dia del año siguiente al de la muerte del testador; y como puede ponerse para indicar el principio ó el fin de la cualidad de heredero, de aquí viene la diferencia de *ex certô tempore* y *ad certum tempus*, es decir, términos *à quó* y *ad quem*. Segun el texto advierte, uno y otro término se tenian por no puestos.

Non potest.—El principio romano de que no era lícito morir testado en parte y en parte intestado, producia como consecuencia que el testador no pudiera poner en su última voluntad el dia desde ó hasta que debia tener efecto la institucion del heredero. Manifestaré la aplicacion de este principio en los dos casos que comprende el texto. Instituido el heredero desde cierto dia, por ejemplo, dos años despues de la muerte del testador, á no tener por ociosa la adicion del término, resultaria que en el intermedio la herencia deberia ir á los herederos legítimos, es decir, que estaba infringido el principio antes enunciado. Se agregaria á esto la dificultad de que el instituido no remplazaria al difunto, sino mas bien al heredero legítimo que le habia precedido, viniendo de este modo á infringirse tambien tanto el principio que suponia en el heredero la continuacion de la persona del difunto, cuanto el que por la adicion le consideraba como si hubiera sucedido al momento de la muerte. Las mismas razones rechazaban la institucion hasta cierto término; pues que cambiándose solo el órden de precedencia entre los herederos legítimos y testamentarios, vendria á producir idénticos resultados. Por esto el jurisconsulto Cayo (2) dice con gran precision: *No es posible que deje de ser heredero el que una vez lo ha sido.*

En vano se trataria de suponer contradiccion entre la doctrina del heredero condicional y la del instituido con término, porque en la primera, mientras está en suspenso la condicion, no tiene lugar la sucesion legítima, que solo se verifica cuando se sabe que ya no puede realizarse el acontecimiento futuro de que dependia la testamentaria; en ella quedaban salvados en todo su rigor los principios.

---

(1) Ley 75, tit I, lib. XXV del Dig.
(2) Ley 88, tit. V, lib. XXVIII del Dig.

10 *Impossibilis conditio* in institutionibus et legatis, nec non in fideicommisis et libertatibus, *pro non scriptâ* habetur.

La condicion imposible en las instituciones de heredero, en las mandas, en los fideicomisos y manumisiones se tiene por no escrita. 10

ORIGENES.

Conforme con Paulo. (§§. 1 y 12, tít. IV, lib. III, de sus Sent.)

Comentario.

Impossibilis conditio.—Las condiciones llamadas *imposibles* realmente no son condiciones, porque nó suspenden el acto jurídico hasta que ocurra un suceso futuro é incierto, sino que detraidas de la institucion, se tienen como si no estuvieran expresadas. Las condiciones pueden ser *imposibles* ó bien *física* ó bien *moralmente*: *físicamente* lo son ó por su misma naturaleza, como la de tocar el cielo con la mano, ó por la adicion del término, ó de otra circunstancia que se les pone, que hace imposible el acontecimiento á que se refieren, como la de hallarse en el espacio de tres dias en Europa y en América: *moralmente* imposibles son las condiciones que se oponen á la moral y á las leyes (1), principio protector de las buenas costumbres, que en la severidad de sus doctrinas proclamaron los jurisconsultos romanos.

Pro non scriptâ habetur.—A diferencia de lo que sucede en los contratos, la condicion imposible puesta en el testamento no lo vicia, sino que se tiene por no escrita: el deseo de favorecer á las últimas voluntades, unido á la presuncion de que el testador no queria burlarse en un acto tan sério como el de otorgar su postrimera disposicion, es el motivo de la ley. Esta doctrina no puede ser extensiva á las condiciones llamadas *perplejas*, esto es, á aquellas que consistiendo en el artificio de las palabras del testador, hacen incomprensible su voluntad, por ejemplo: *Seyo sea heredero si lo es Ticio, séalo Ticio si lo es Mevio*. Semejantes condiciones hacen inútil la institucion (2).

11 Si plures conditiones institutioni adscriptæ sunt, *si quidèm conjunctìm*, ut putà SI ILLUD ET ILLUD FACTUM FUERIT, omnibus parendum est; *si separatìm*, veluti SI ILLUD

Cuando se han puesto varias condiciones á una institucion, si es conjuntamente, por ejemplo: SI ACONTECE TAL COSA Y TAL COSA, todas deberán cumplirse: si separadamen- 11

(1) §. 2, tít. IV, lib. III de las Sentencias de Paulo.
(2) Ley 16, tít. VII, lib. XXVIII del Dig.

AUT ILLUD FACTUM FUERIT, cuilibet obtemperare satis est.

te, por ejemplo: SI TAL Ó TAL COSA SUCEDE, basta que una ú otra se verifique.

ORIGENES.

Tomado de Paulo. (Ley 5, tít. VII, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Si quidèm conjunctìm, si separatìm.—Las partículas disyuntivas ó conjuntivas, como se observa en el texto, son las que dan á conocer cuándo se ha de esperar el cumplimiento de una ó de todas las condiciones para que se aproveche de la institucion el heredero.

12 Hi, *quos numquàm testator vidit,* hæredes institui possunt. Veluti, si fratris filios peregrinatos, ignorans, qui essent, hæredes instituerit: ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

El testador puede instituir herederos á los que nunca vió, por ejemplo, á los hijos del hermano que han recorrido paises extranjeros, á quienes no conoce, porque esta ignorancia del testador no hace inútil la institucion. 12

ORIGENES.

Conforme con una constitucion de los Emperadores Teodosio y Valentiniano. (Ley 11, tít. XXIV, libro VI del Cód.)

Comentario.

Quos nunquàm testator vidit.—Las relaciones del parentesco, la fama, las virtudes de una persona, pueden hacer que el testador le dé mayores muestras de efecto que á aquellas con quienes mas relaciones tuvo durante su vida.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestras actuales leyes, dando mayor amplitud á las últimas voluntades que la otorgada por las romanas, establecen el principio de que no es necesaria la institucion de heredero para que tenga fuerza y efecto el testamento (1); principio fecundo en consecuencias y que deja sin aplicacion en diferentes puntos algunas doctrinas que las Partidas establecieron de conformidad con el derecho romano.

(1) Ley 1, tít. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.

Respecto á los que tienen una prohibicion absoluta de ser instituidos herederos, siguieron tambien nuestras leyes (1) á las romana: sin embargo, despues que el Código penal moderno ha prevenido que á cierta clase de penas que reemplazan á las antiguas de deportacion y de minas, sea accesoria la de la interdiccion civil, y ha declarado que esta interdiccion se limita á estar privado el que la sufre del derecho de la pátria potestad, de la autoridad marital, de la administracion de sus bienes, y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos (2), implícitamente han quedado derogadas las disposiciones que las Partidas establecieron respecto á los efectos de las penas que sancionaron. Por la misma razon, y mas aun porque la pena de confiscacion fué proscrita en una Constitucion de la Monarquía, á lo que se agrega que ni la penalidad puede ir en ningun caso mas allá del Código en los delitos de traicion, de apostasía y cualquier otro cometido contra la religion, y que todas las disposiciones penales antiguas han quedado derogadas al publicarse la ley nueva (3), es inadmisible hoy la prohibicion de ser instituidos herederos que antiguamente pesaba sobre los reos de algunos delitos. Queda, pues, solo subsistente como incapacidad general de ser instituido heredero la de las corporaciones ilegalmente establecidas (4).

Las prohibiciones respectivas son: la de los hijos de dañado y punible ayuntamiento, esto es, de aquel por el que la madre, segun las leyes anteriores al Código penal vigente, incurria en pena de muerte natural, pues solo pueden recibir de ella el quinto de sus bienes: la de los nacidos de personas ligadas con voto solemne de castidad que nada pueden percibir ni por parte de sus padres ni de sus parientes (5), y por último, el confesor en la última enfermedad, su iglesia, religion, convento y parientes (6).

Consecuencia de no tener lugar entre nosotros el principio de que uno no puede morir parte testado é intestado en parte (7), es que valga la institucion de heredero hecha desde ó hasta cierto tiempo, doctrina, como se ha visto, desechada por el derecho romano.

Las Partidas tambien adoptaron la division de la herencia en doce partes y sancionaron todas las doctrinas que el derecho romano es-

---

(1) Ley 4, tít. III, Part. VI.
(2) Art. 41 del Código penal.
(3) Art. 496 del Código penal.
(4) Ley 4, tít. III, Part. VI ya citada.
(5) Leyes 4 y 5, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec.
(6) Real cédula de 30 de mayo de 1830.
(7) Ley 1, tít. XVIII, lib. X de la Nov. Rec. ya citada.

tableció en este punto (1). Pocas veces serán de aplicacion, mas algun caso puede presentarse en que sea absolutamente necesaria su observancia.

TITULUS XV.	TITULO XV.
De vulgari substitutione.	**De la sustitucion vulgar.**

Por sustitucion, *sub-institutio*, se entiende *el llamamiento de un segundo heredero para reemplazar al instituido en primer lugar*: viene por lo tanto á ser una institucion condicional. Era *vulgar* ó *pupilar*, pero Justiniano introdujo á imitacion de esta última la *ejemplar*, como tendré ocasion de exponer. Las demás especies de sustituciones, que cuentan los autores, mas son maneras de sustituir que sustituciones verdaderas, porque solo se refieren á las fórmulas con que están concebidas, y no á la diversidad de efectos que producen.

La sustitucion vulgar es la que debo explicar en este título. Por ella se entiende *el llamamiento que hace el testador de un segundo heredero en el caso de que el primer instituido no llegue á serlo*. Al hablar de un segundo heredero en la definicion, se comprende bajo la palabra *segundo* no solo el llamado en reemplazo del primer instituido, sino tambien los que ulteriormente puede llamar el testador, como se dirá, para que no solo los instuidos, sino tambien los sustituidos tengan su sustituto. Diósele el nombre de *vulgar*, ó bien por ser la mas general, ó bien porque con su fórmula podia el testador sustituir á todos.

Usada ya en tiempo de la república, fué muy frecuente por algunas razones peculiares á los romanos: la conservacion de las deidades privadas que se trasmitia con la herencia, la mancha que recaia en los que morian sin herederos, y el principio segun el que de la aceptacion de la herencia dependia la fuerza de todas y de cada una de las disposiciones testamentarias, hicieron que miraran con gran predileccion el asegurarse un sucesor, y que las leyes favoreciesen sus miras tan conformes con el espíritu que dominaba en el derecho. A estos motivos se agregó otro muy poderoso en tiempo de los Emperadores: las leyes Julia y Papia Poppea, aumentando las incapacidades de las instituciones de heredero, hicieron que los testadores, para evitar que sus bienes fueran al erario por alguna de las

(1) Leyes 16, 17, 18 y 19, tít. III, Part. VI.

muchas causas de caducidad que comprendian, apelaran al medio de nombrar sucesivamente diferentes herederos que reemplazaran á aquellos que los antecedian, si estos fueran incapaces.

Potest autem quis *in testamentô suô plures gradus hæredum* facere, ut puta, SI ILLE HÆRES NON ERIT, ILLE HÆRES ESTO; et deinceps, in quantum velit testator, substituere potest, et *novissimô locô*, in subsidium, vel servum necessarium hæredem instituere.

Puede el testador establecer en su testamento muchos grados de herederos diciendo, por ejemplo: SI AQUEL NO ES HEREDERO, QUE LO SEA EL OTRO, y así sucesivamente cuantas sustitutiones quiera. Puede en último lugar, y como un recurso subsidiario, instituir heredero necesario á uno de sus esclavos.

ORIGENES.

Tomado de Marciano. (§. inicial, ley 36, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

In testamentô.—Como la sustitucion es una institucion, del mismo modo que esta, solo puede hacerse en testamento y no en codicilos. Mas sin embargo, en caso de verificarse de este último modo, una interpretacion benigna la sostenia como fideicomiso (1).

Plures gradus hæredum.—Todos los que están llamados por el testador conjuntamente forman un grado. Para fijar el órden gradual con que son llamados no debe atenderse al órden material de su colocacion, sino á aquel por que se los llame á suceder. Así si el testador dice: Ticio sea mi heredero, si no lo es Mevio; Mevio es el heredero instituido y Ticio el sustituto (2).

Si hæres non erit.—Hé aquí el caso de la sustitucion vulgar, la cual solo puede tener efecto cuando no es heredero el primer instituido. Bajo las palabras *hæres non erit* se comprenden los casos que los autores llaman de *noluntad* y de *impotencia*, esto es, el sustituto reemplaza al instituido, ó bien cuando este repudia la herencia, ó bien cuando por haber muerto ó tener una incapacidad, no puede adquirirla. Mayor dificultad se presentaria si el testador sustituyera, haciendo solo mencion del caso de impotencia ó de noluntad. ¿Deberá entonces comprenderse el caso omitido? Vinio es de la opinion negativa: paréceme, sin embargo, mas acertada la del jurisconsulto español Antonio Gomez, que sostiene la afirmativa: esta última solucion es la

(1) Ley 76, tít. I, lib. XXXVI del Dig.
(2) Ley 28, tít. V, lib. XXXVIII del Dig.

generalmente recibida, y la reputo mas fundada en el texto y en el espíritu de las leyes (1).

Novissimò locò.—El señor, como se ha visto anteriormente, podia instituir desde luego y en primer lugar al esclavo por heredero; pero en el caso del texto lo hacia como el último remedio que le restaba para no quedar sin sucesor. Conviene tener presente que cuando se instituia al esclavo en primer lugar, si el señor moria insolvente, el siervo instituido solo entraba á ser heredero en defecto de todos los demás, porque la ley Elia Sencia permitia únicamente la manumision del esclavo para que fuera heredero cuando no hubiera ningun otro. No se habla aquí del hijo de familia heredero *suyo* y *necesario*, como mas adelante se verá, porque como gozaba del beneficio de abstenerse de la herencia paterna, no evitaba que los bienes hereditarios se vendieran á instancia de los acreedores á nombre del finado, y no libertaba á este de la vergonzosa nota con que se manchaba su memoria.

1 Et plures in unius locum possunt substitui, *vel unus in plurium*, vel singuli singulis, vel *invicèm ipsi*,
2 *qui hæredes instituti sunt* (*a*). Et si ex disparibus partibus hæredes scriptos *invicèm substituerit*, et nullam mentionem in substitutione habuerit partium, eas videtur partes in substitutione dedisse, quas in institutione expressit: et ità divus Pius rescripsit (*b*).

Pueden sustituirse muchos á uno 1
solo, ó uno solo á muchos, ó cada uno á cada uno, ó mútuamente á los mismos instituidos (*a*). Si los he- 2
rederos instituidos por partes desiguales son sustituidos mútuamente, y sin hacer mencion de partes en la sustitucion, se supone que cada uno tiene en ella por voluntad del testador la misma porcion que expresó en la institucion; así lo decidió el Emperador Pio por un rescripto (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Marciano. (§. 1, de la ley 36, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.)
(*b*) Esta constitucion del Emperador Antonino es la ley 1 del tít. XXVI, libro VI del Código.

Comentario.

Vel unus in plurium.—Para que el sustituto de varios conjuntos llamados preferentemente por el testador, entre á ocupar su lugar, es necesario que todos ellos falten, puesto que el derecho de acrecer les da en este caso prelacion sobre el sustituto. Esto se funda en la conjetura de que tal es la voluntad del testador quien prefirió á todos los

(1) Principio de la ley 4, tít. VI, lib. XXVIII; y ley 101, tít. I, lib. XXXV del Dig.; ley 3, tít. XXIV; y ley 4, tít. XXVI, lib. VI del Cód.

instituidos y á cada un de ellos al sustituto. Así si el testador dijere: *Ticio y Mevio sean mis herederos; si no lo fueren séalo Seyo:* solo será Seyo llamado á la sucesion cuando ni Mevio ni Ticio hubieren llegado á ser herederos (1).

Invicèm ipsi, qui hœredes instituti sunt.—A este modo de sustituir llaman muchos intérpretes *sustitucion brevilocua*, denominacion que ni es romana, ni castiza, ni propia. Modestino la llama sustitucion *reciproca* (2), y Papiniano le da el nombre de *mútua* (3). Pondré un ejemplo sobre el cual gire la doctrina que voy á desenvolver. Sea el caso cuando el testador diga: *instituyo por mis herederos á Ticio, á Sempronio y á Cayo, y los sustituyo mútuamente*, en el cual si Cayo, ó porque no quiere ó porque no puede, no llega á ser heredero, Ticio y Sempronio tendrán por derecho de sustitucion la parte que á aquel pertenecia. Obsérvese, como he indicado al principio del título, que esto mas que una especie particular de sustitucion es un modo ó fórmula de sustituir.

¿Y á qué conduce semejante sustitucion? puede preguntarse. ¿Acaso Ticio y Sempronio en el ejemplo propuesto no percibirian del mismo modo la parte de Cayo, sin sustitucion que con sustitucion? ¿Acaso en virtud del derecho de acrecer, la tercera parte que correspondia á Cayo, heredero que faltó, no iria necesariamente á los otros dos para que no se violase el principio de que uno no podia morir en parte testado é intestado en parte? Para mejor comprender la doctrina del texto, conviene fijarse en las causas que la promovieron. Al ordenarse y publicarse las Instituciones de Justiniano, no estaban aun suprimidas las leyes caducarias: segun ellas, cuando habia varios herederos instituidos en un mismo grado, y uno de ellos no llegaba á serlo con efecto, su porcion podia ser reivindicada por uno de los otros coherederos á quien la ley daba prelacion sobre los demás, y en su defecto por el fisco: por ejemplo, en el caso propuesto, Sempronio casado y con hijos, seria preferido en la parte de Cayo á Ticio, si no los tuviera, y en caso que ni uno ni otro fueran padres, la parte de Cayo corresponderia al fisco. Para evitar esto, cuando el testador queria que cada uno de los herederos tuviese una porcion en la parte vacante y que en ningun caso fuera del fisco, los sustituia recíprocamente, porque así no venian á percibir la parte del que faltaba por el derecho de acrecer, al que se limitaban la leyes caducarias, sino por el de sustitucion ó segunda institucion, á la que no eran extensivas.

(1) Ley 4, tit. XXVI, lib. VI del Cód.
(2) §. 1 de la ley 4, tit. VI, lib. XXVIII del Dig.
(3) Ley 64, tit. I, lib. XXXI del Dig.

Pero aun suprimidas las leyes caducarias, como lo fueron poco despues de la publicacion de las Instituciones, la sustitucion recíproca producia efectos particulares que no permitian que se confundiese con el derecho de acrecer; á saber: 1.° Como en este la porcion acrecia á la porcion, no era menester que viviese el heredero que adió, para que la parte del que faltara, acreciera á la suya hereditaria: por el contrario, en la sustitucion solo se deferia la herencia al coheredero sustituto que vivia, y no al que habia muerto (1). 2.° Para la deduccion de la cuarta falcidia, el heredero sumaba lo que recibia en virtud de la institucion y de la sustitucion, y solo cuando el total no era suficiente, podia disminuir los legados (2); doctrina que no es extensiva en iguales términos al derecho de acrecer, como oportunamente se expondrá. Á cambio de esto no puede desconocerse que hay notables puntos de contacto entre el derecho de acrecer y la sustitucion. El jurisconsulto francés Etienne, á quien sigo principalmente en la explicacion de este texto, apartándose é impugnando á su compatricio Ortolan, reduce aquellas semejanzas á las cuatro siguientes: 1.ª El instituido que como tal hacia la adicion de la herencia, recibia necesariamente y sin nueva adicion la parte á que era llamado como sustituto (3). 2.ª Si uno de los coherederos hubiese repudiado la herencia como instituido, y de consiguiente no fuera admisible tampoco el derecho de ácrecer, estaria tambien excluido como sustituto (4): esta doctrina, sin embargo, no era extensiva al caso en que fuesen solamente dos los coherederos instituidos y sustituidos recíprocamente, pues que entonces el que rehusó la herencia como instituido, podia admitirla como sustituto (5). 3.ª La parte vacante correspondia á los sustitutos en proporcion á la hereditaria que tenian en la institucion, como se expresa en el párrafo siguiente de este título, lo que tambien se verificaba en el derecho de acrecer; mas si el testador hubiera llamado como sustitutos no solo á los coherederos, sino tambien á uno que no lo fuera, este tendria una porcion viril con los demás instituidos en la parte vacante, y el resto de la herencia se partiria entre los que fuesen sustitutos recíprocamente, con arreglo á la porcion que se les señaló en la institucion (6). La 4.ª semejanza que tenia la sustitucion con el derecho de acrecer era que si entre los sustitutos recíprocamente habia algunos que fueran conjuntos en la insti-

(1) Ley 9, tít. XVI, lib. XXXVIII del Dig.
(2) §. 13 de la ley 1, tít. II, lib. XXXV del Dig.
(3) §. inicial de las leyes 35 y 76, tít. II, lib. XXIX del Dig., y ley, 6 tít. XXVI, lib. VI del Código.
(4) §. 4 de la ley 41, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.
(5) §. 1 de la ley 76, tít. XXIX, lib. XXIX del Dig.
(6) Ley 32, tít. VI, lib. XXVI del Dig.

tucion, la parte de uno de estos que faltase, perteneceria exclusivamente á sus conjuntos (1).

Invicèm substituerit.—Fúndase esta doctrina en la conjetura de la intencion del testador, la cual cederá á la expresion de su voluntad cuando se señalaren en la sustitucion partes diferentes de las que se hubiesen puesto en la institucion.

3 Sed si instituto hæredi, et cohæredi suo substituto dato, *alius substitutus fuerit*, divi Severus et Antoninus, *sine distinctione*, rescripserunt *ad utramque partem* substitutum admitti.

Si á uno que fué instituido por heredero se ha dado por sustituto á su coheredero, y á este último por sustituto á un tercero, segun un rescripto de los Emperadores Severo y Antonino, el sustituto será admitido sin distincion á una y otra parte. 3

ORIGENES.

Conforme con Papiniano. (§. inicial de la ley 41, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Alius substitutus fuerit.—De la doctrina de este texto se ha venido á formar la regla de que el sustituto del sustituto es tambien sustituto del instituido.

Sine distinctione.—Indiferente es para que tenga lugar la doctrina del texto, que la primera sustitucion falte antes ó despues de la institucion. Explicaré esto con ejemplos: supóngase al efecto que el testador dice: *nombro á Ticio y á Seyo por mis herederos; Ticio sea sustituto de Seyo, y Sempronio de Ticio.* En el caso de que Seyo no fuera heredero, ó bien porque hubiera muerto antes que el testador, ó porque no quisiera ó no tuviera capacidad de admitir la herencia, su parte pasaria á Ticio, segun lo ya dicho, y si sucedia lo mismo con Ticio, la herencia pasaria á Sempronio. Esto no presenta ninguna dificultad. Pero supóngase por el contrario que Ticio, primer sustituto, murió ó se incapacitó antes de que Seyo repudiase la herencia, ¿deberia ser entonces admitido á ella Sempronio, que como se ha visto es el segundo sustituto? El jurisconsulto Juliano (2) fué de esta opinion, adoptada como ley por los Emperadores Severo y Antonino.

Ad utramque partem.—Valiéndome del ejemplo propuesto, seria llamado Sempronio tanto á la parte de Ticio como á la de Seyo.

---

(1) Ley 41, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.
(2) Ley 27, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.

4 Si servum alienum quis *patremfamilias arbitratus* hæredem scripserit, et, si hæres non esset, Mævium ei substituerit, isque servus jusu domini adierit hæreditatem: Mævius *in partem admittitur*. Illa enim verba, SI HÆRES NON ERIT, in eô quidèm, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur: si neque ipse hæres erit, neque alium hæredem effecerit; in eô verò, quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant; si hæreditatem sibi, eive, cujus juri posteà subjectus esse cœperit, non acquisierit (*a*). Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit (*b*).

Si alguno creyendo que el esclavo ajeno era padre de familia lo instituyera heredero, y para el caso de que no lo fuese, le sustituyera á Mevio, haciendo el esclavo la adicion por órden de su señor, Mevio seria admitido en parte. En efecto, las palabras SI ÉL NO ES HEREDERO, empleadas con relacion á aquel que el testador sabia que estaba en potestad de otro, significan, si él mismo no fuere heredero ó no hiciere á otro heredero: pero con relacion á la persona que el testador creia padre de familia, significan, si él no adquiere la herencia ni para sí, ni para aquella persona, á quien despues viniere á estar sometido (*a*). Así lo decidió Tiberio César con relacion á su propio esclavo Partenio *b*). 4

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Juliano. (Ley 40, tít. V, lib. XXVIII del Dig.)
(*b*) Conforme con Pomponio. (Ley 41, tít. V, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Patremfamilias arbitratus.—Toda la doctrina de este texto, que necesita pocas explicaciones, está reducida á establecer un término medio en el caso de que se diese un sustituto al esclavo ajeno considerándolo hombre libre, para conciliar el rigor del derecho con la voluntad del testador. La institucion en sí misma era válida; en virtud de ella el esclavo debia ser llamado á la herencia; sin embargo, las fuertes razones que militaban á favor del sustituto, porque se presume que hubiera sido el instituido á saber el testador su condicion de siervo, hicieron á Tiberio resolver la cuestion en el sentido del texto.

In partem admittitur.—Tanto por todo el contesto del párrafo, como por la regla general de que cuando se habla de una parte sin expresar cuál, se entiende la mitad (1), deberá decirse que el esclavo y el sustituto en el caso propuesto se dividirian la herencia por iguales partes.

---

(1) §. 1, de la ley 164, tít. XVI, lib. V del Cód.

Dejando como ajenas á mi propósitos otras muchas cuestiones, que con motivo de la sustitucion vulgar suscitan los intérpretes, concluiré manifestando que siendo una institucion de heredero segun lo dicho, sigue las mismas reglas que ella en las condiciones de capacidad de los sustitutos.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Las doctrinas que acerca de la sustitucion vulgar quedan expuestas en el título que precede, son tambien aplicables entre nosotros: las leyes españolas siguen excrupulosamente á las romanas en esta materia (1).

TITULUS XVI.	TITULO XVI.
De pupillari substitutione.	**De la sustitucion pupilar.**

Con objeto de consultar á la seguridad de los descendientes, en el caso de que arrebatados sus padres por una muerte prematura los dejasen en la impubertad, se introdujo en Roma la sustitucion pupilar. Llamados los parientes mas próximos del huérfano por la ley, y á veces por la voluntad del padre, á desempeñar la tutela, se creyó necesario en la corrupcion de las costumbres buscar un preservativo para alejar de ellos el pensamiento de que atentaran á la vida de la persona que en su tierna edad les estaba confiada, movidos del temor de ver frustrada su esperanza de heredarla al llegar la pubertad, pues que entonces era ya lícito á los menores otorgar su testamento.

La potestad que las leyes romanas dieron al jefe de la familia con tanta amplitud, vino en este caso á ejercerse de un modo beneficioso al hijo, que estaba protegido por la vigilante prevision del padre, aun despues que este habia descendido al sepulcro.

La sustitucion pupilar es *la institucion que el padre hace en su testamento para la sucesion del hijo que está en su poder, en el caso que este le sobreviva, y muera antes de llegar á la pubertad.* Es una accesion, y como una consecuencia del testamento paterno de que depen-

(1) Leyes 2, 3 y 4, tit. V, Part. VI.

de, y del mismo modo que la sustitucion vulgar, viene á ser una instituido condicional de heredero.

Liberis suis *impuberibus*, quos *in potestate quis* habet, non solùm ità, ut suprà diximus, substituere potest id est, ut, si hæredes ei non extiterint, alius ei sit hæres, sed eo ampliûs, ut et, ei hæredes si extiterint, et adhûc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis hæres. *Veluti si quis dicat* hoc modô: TITUS FILIUS MEUS MIHI HÆRES ESTO: SI FILIUS MEUS MIHI HÆRES NON ERIT, SIVE HÆRES ERIT, ET PRIUS MORIATUR QUAM IN SUAM TUTELAM VENERIT (id est pubes factus sit), TUNC SEIUS HÆRES ESTO. Quô casu, *si quidèm non extiterit hæres filius*, tunc substitutus patri fit hæres; si verô extiterit hæres filius, et *ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit hæres substitutus* (*a*). Nam moribus institutum est, ut, cum ejus ætatis sunt, in quâ ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.

Puede sustituirse á los descendientes que no han llegado á la pubertad, y que están en nuestra potestad, no solamente en los términos que hemos dicho, esto es, que en el caso de no ser herederos lo sea otro, sino tambien para el en que despues de ser herederos muriesen antes de llegar á la pubertad; por ejemplo, si alguno digere: MI HIJO TICIO SEA MI HEREDERO, Y SI ÉL NO LO FUERE, Ó SI BIEN LO FUERE Y MURIESE ANTES DE LLEGAR Á LA PUBERTAD, SEYO SEA MI HEREDERO. En este caso, si el hijo no es heredero, el sustituto viene á ser heredero del padre; mas si el hijo fuere heredero, y muriere en la pubertad, el sustituto vendrá á ser heredero del hijo (*a*). Porque la costumbre ha establecido que los ascendientes puedan hacer el testamento de los descendientes, cuando estos están en una edad en que no pueden hacerlo por sí mismos.

ORIGENES

(*a*) Copiado de Cayo. (§§. 179 y 180, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Liberis impuberibus.—La sustitucion pupilar, ó lo que es lo mismo, el testamento que el padre hace en nombre del hijo, es válido solamente hasta que este, llegando á la pubertad, pueda testar.

In potestate.—La facultad de sustituir pupilarmente es una emanacion del poder paterno, y por consecuencia de esto ni el padre puede nombrar sustituto pupilar al hijo emancipado, ni al natural, ni la madre goza de este derecho, al mismo tiempo que lo puede hacer el arrogador. Es necesario que el padre tenga pátria potestad, tanto al tiempo de la muerte como al de otorgar el testamento (1), y que los descendientes ocupen el primer lugar en la familia, porque de otro

---

(1) §. 2 de la ley 41, tit. VI, lib. XXVIII del Dig.

modo, recayendo despues de la muerte del ascendiente en poder de su padre natural, serán hijos de familia y no podrán tener heredero. Podia, sin embargo, hacerse aun en este caso la sustitucion con la fórmula de la ley Veleya (1).

Quis.—Esto es, el padre civil.

Veluti si quis dicat.—La fórmula que sigue, solo está puesta por ejemplo: comprende expresamente los casos de la sustitucion vulgar y pupilar, y por esto Modestino la llama *doble* (duplex). Esta fórmula pudo ser muy conveniente en las dudas del antiguo derecho acerca de si expreso el caso de la sustitucion vulgar ó pupilar, se entendian comprendidos ambos.

Filius meus mihi hæres esto.—Como se verá en uno de los párrafos siguientes, no necesitaba el padre instituir á su hijo por heredero para tener el derecho de nombrarle un sustituto pupilar; antes por el contrario, podia hacer lo mismo con aquel á quien desheredaba.

Si filius meus hæres non erit, sive hæres erit.—Graves dificultades presentaba antiguamente la cuestion de si debia entenderse que el hijo, á quien el padre habia dado sustituto vulgar, implicitamente tenia tambien sustituto pupilar; y por el contrario, si el llamado expresamente á la sustitucion pupilar, se entendia tácitamente nombrado sustituto vulgar. Una constitucion de los Emperadores Marco y Severo resolvió estas dificultades, estableciendo que la sustitucion hecha para un caso se entendiese comprensiva de ambos (2). Como esta constitucion se funda en la interpretacion de la voluntad del testador, que al expresar solamente uno de los casos indicó bastante la predileccion que daba al sustituto para su sucesion y la de su hijo, no tiene lugar en todas aquellas ocasiones, en que aparece una voluntad contraria, ya por las palabras, ya por faltar aquellos motivos racionales de presuncion. Asi sucederia si el testador nombrara á uno para la sustitucion vulgar, y á otro para la pupilar: así tambien si usando de la fórmula de la sustitucion vulgar, comprendiera en una sustitucion mútua á alguno á quien no pudiese dar sustituto pupilar, porque no es de presumir que quisiese hacer desiguales en los derechos, que nacian de su última disposicion, á las personas á quienes igualaba en la fórmula; ó lo que es lo mismo, se cree en este caso que solo se refirió á la sustitucion que podia tener lugar en la persona de todos. Por lo tanto, el padre que tiene dos hijos de los cuales uno solo está en la impubertad, si los instituye herederos, y los sustituye entre sí, se entiende que solo ha querido sustituirlos vulgarmente, porque la sustitucion pupilar solo puede tener lugar en uno de ellos, y no es de

---

(1) §. inicial de la ley 2, tit. VI, lib. XXVIII del Dig.
(2) §. inicial de la ley 4, tit VI, lib. XXVIII del Dig.

presumir que quiso desigualar á los que llamó del mismo modo á la sucesion.

Si quidèm non extiterit hæres filius.—Este es el caso de la sustitucion vulgar, porque el sustituto no entra aquí sucediendo al hijo que no ha sido heredero, sino solo al padre que hizo la sustitucion.

Ante pubertatem decesserit.—Este es el caso de la sustitucion pupilar, en que el sustituto entra reemplazando á la persona del hijo, no á la del padre que hizo á su favor el llamamiento.

Ipsi filio fit hæres substitutus.—El sustituto pupilar sucede al hijo en todos sus bienes, ya provengan del padre, ya tengan otro orígen diferente, y no solo en los que al hijo corresponden al tiempo del fallecimiento del padre, sino en cuantos despues puede adquirir: la razon consiste en que la sustitucion es el testamento del mismo hijo hecho en su representacion por el padre (1). Esta doctrina se halla limitada en el sustituto nombrado por el padre arrogador, entendiéndose aquel llamado solamente á los bienes que el arrogado obtuvo del que lo arrogó, y á los que le vinieron por su consideracion (2).

1 *Quâ ratione* excitati, etiam *constitutionem* in nostrô *posuimus* codice (*a*), quâ prospectum est, ut, *si mente-captos habeant filios, vel nepotes*, vel pronepotes, cujuscumque sexus, vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, *ad exemplum pupillaris subsitutionis, certas personas* substituere. *Sin* autem *resipuerint*, eamdem substitutionem *infirmari*, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis quæ, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

Movidos por esta razon, hemos insertado una constitucion en nuestro Código (*a*), en virtud de la cual á imitacion de lo que sucede en la sustitucion pupilar, los que tienen hijos, nietos ú otros descendientes que están dementes, de cualquier sexo ó grado que sean, y aunque hayan llegado á la pubertad, puedan ponerles á determinadas personas por sustitutos. Mas si recobrasen la razon, la sustitucion se desvanece, lo cual tambien es á imitacion de la sustitucion pupilar, que pierde su fuerza cuando el pupilo llega á la edad competente. 1

ORIGENES.

(*a*) Esta constitucion es la ley 9, tít. XXVI, lib. VI del Cód.

Comentario.

Quâ ratione.—Uniendo estas palabras á las últimas del párrafo que antecede, se observa que equivalen á decir: por el mismo motivo,

(1) §. 5 de la ley 10, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.
(2) §. 6 de la misma ley.

en cuya virtud se introdujo que los padres pudieran testar en el lugar de los hijos que no habian llegado á la pubertad, á saber que estos por sí mismos no podian hacer testamento, se ha concedido á los ascendientes el derecho de nombrar sustitutos á los descendientes que por no tener sana razon tampoco pueden testar.

Constitutionem posuimus.—Hasta esta constitucion era permitido hacer la sustitucion de que en el texto se habla, solamente á los que por gracia singular, y por lo tanto como privilegio, lo obtenian del príncipe (1). Justiniano convirtió en derecho comun lo que antes solo era una excepcion para casos determinados.

Si mente-captos habeant filios, vel nepotes.—Obsérvese aquí una de las diferencias principales entre la sustitucion pupilar, y la ejemplar de que habla el texto: la pupilar solo puede hacerse por el que tiene pátria potestad, de que es una consecuencia; la de los dementes por todos los ascendientes, y de consiguiente por la madre y por el padre al hijo emancipado. Puede aquí suscitarse una dificultad acerca de qué nombramiento deberá prevalecer en el caso de que mas de un ascendiente haya provisto de sustituto al loco. No encuentro resuelta esta dificultad en el derecho romano; los intérpretes están divididos en el modo de decidirla: unos pretenden que la voluntad del padre, y en su defecto la del pariente mas próximo, es la que debe obtener preferencia; otros sostienen que la merece la del que muere el último de los que han hecho la sustitucion, y otros, por último, quieren que prevalezca la sustitucion de todos, correspondiendo á cada sustituto los bienes que vinieron al loco por parte del que lo nombró. Esta última opinion, á pesar de la justicia que al parece envuelve, es á lo que entiendo, menos conforme que ninguna de las otras con las doctrinas romanas, que ni permiten que sean valederos á la vez los dos testamentos, ni que pueda llegar el caso de que parte de la herencia vaya á los herederos legítimos y parte á los testamentarios.

Ad exemplum pupillaris substitutionis.—De aquí dimana que los intérpretes llaman á esta sustitucion ya *cuasi pupilar*, ya *ejemplar*.

Certas personas.—Hé aquí otra difencia interesante entre la sustitucion pupilar y la ejemplar: en la primera, libre el padre de trabas, podia nombrar el sustituto que quisiera, hasta tal punto que la madre era excluida por el sustituto pupilar, sin que le quedara la querella de testamento inoficioso (2), que sin duda le corresponderia si el hijo por sí mismo hubiera hecho testamento no respetando los derechos de la madre; en la sustitucion ejemplar, por el contrario,

(1) §. inicial de la ley 13, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.
(2) §. 5 de la ley 8, tít. II, lib. V del Dig.

debe el ascendiente llamar á la sucesion á los hijos del loco, si los tiene, y en su defecto á sus hermanos, y solo á falta de unos y otros puede hacer llamamientos de otras personas (1).

Sin resipuerint, infirmari.—La sustición ejemplar, del mismo modo que las demás sustituciones, es una institucion condicional, y así como la pupilar se desvanece por llegar el hijo á la edad en que por sí mismo puede testar, así tambien la ejemplar cuando, recobrando el demente la razon perdida, tiene capacidad para hacerlo. ¿Y qué sucederá si el que recobró la razon vuelve despues á recaer en el miserable estado de demente? Tampoco se encuentra en el derecho romano resuelta esta cuestion: los intérpretes se dividen en el modo de decidirla. Pretenden unos que la sustitucion renace, si es corto el intervalo de razon que ha tenido el loco, y por el contrario, que queda extinguida si por largo tiempo está en su acuerdo: otros quieren que reviva siempre la sustitucion; y otros, por último, y entre ellos Donneau, opinan que se atienda al tiempo de la muerte del ascendiente que nombró el sustituto, de modo que si entonces está loco el descendiente, aunque haya tenido intervalos de razon, la sustitucion sea valedera. Me parece acertada esta opinion, en cuyo apoyo viene la doctrina de que el tiempo en que se hace el testamento y el de la muerte, se reputan uno mismo por la ficcion del derecho. Pero si el loco hiciera testamento válidamente antes de su enajenacion mental, ó en un intervalo de sana razon, su voluntad será la valedera, como en otro lugar se ha expuesto (2), faltando entonces la razon inductiva de esta sustitucion puesto que ya existe un testamento.

2 Igitur in pupillari substitutione, *secundum præfatum modum ordinatâ*, *duo quodammodò sunt testamenta*, alterum patris, alterum filii, tanquam et ipse filius sibi hæredem instituisset, aut certè *unum est testamentum duarum causarum*, id est, duarum hæreditatum.

En la sustitucion pupilar hecha en los términos que hemos dicho, hay en cierto modo dos testamentos: uno del padre y otro el del hijo, como si este mismo hubiese instituido heredero, ó al menos hay un solo testamento con dos causas, esto es, con dos herencias. 2

ORIGENES.

Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 180 Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Secundum præfatum modum ordinatâ.—Esto es, observándose las reglas que expresó en Emperador en el párrafo inicial de este título.

---

(1) Ley 9, tit. XXVI, lib. VI del Cód.
(2) La misma ley.

Duo quodammodò sunt testamenta.—Con razon puso Justiniano la palabra *quodammodò*, que limitando las demás á que afecta, le evita incurrir en una contradiccion, pues que poco despues nos dice que es un solo testamento, *unum testamentum duarum causarum.* Bajo cierto punto de vista el testamento en que hay sustitucion pupilar es considerado como dos testamentos, porque hay dos instituciones y dos herencias diferentes, porque dos veces se abre la sucesion, y porque una de las disposiciones puede ser nuncupativa y escritá la otra.

Unum est testamentum duarum causarum.—Por el contrario, bajo otros aspectos puede decirse que es un solo testamento aquel en que hay sustitucion pupilar; tales son, que una misma persona hace la institucion y la sustitucion; que las solemnidades externas sirven simultáneamente para los dos; que cuando se rompe, se rescinde, ó se anula el testamento en lo que concierne á la institucion ó á la disposicion de la sucesion del padre, la sustitucion se rompe tambien, se rescinde ó se anula, como luego se dirá, y por último, que solo hay la detraccion de una cuarta falcidia de ambas sucesiones (1).

3 Sin autem quis itâ formidolosus sit, ut timeret, ne filius ejus pupillus adhuc, ex eô, quod palàm substitutum accepit, post obitum ejus *periculo insidiarum subjiceretur*: vulgarem quidèm substitutionem palàm facere, et in primis testamenti partibus, debet; illam autem substitutionem, per quam, etsi hæres extiterit pupillus, et intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere, eamque partem propriô linô propiâque cerâ consignare; et in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivô filiô et adhuc impubere aperiantur. Illud palàm est, non ideò minus valere substitutionem impuberis filii, quod in iisdem tabulis, scripta sit, quibus sibi quisque hæredem instituisset, quamvis hoc pupillo periculosum sit.

Si alguno temiese que despues de su muerte, su hijo, que no ha llegado aun á la pubertad, pueda quedar expuesto á asechanzas por el hecho de recibir públicamente un sustituto, debe hacer la sustitucion vulgar públicamente y en la primera parte del testamento, pero respecto de la sustitucion, por la que llama á uno para el caso en que el pupilo sea heredero y muera antes en la pubertad, la podrá escribir separadamente al fin del testamento, y cerrar esta parte con un hilo y sello separado, previniendo en la primera parte del testamento que no se abra la última mientras el hijo viva y sea impúbero. Es evidente que esto no es obstáculo para que deje de ser valedera la sustitucion pupilar hecha en las mismas tablas que la institucion, aunque sea peligroso para el pupilo. 3

(1) §. 5 de la ley 11, tít. II, lib. XXXV del Dig.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§ 181, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Periculo insidiarum subjiceretur.—Si la parte del testamento que comprende la institucion pupilar, fuera pública, naceria el temor de que el sustituto sabiendo que perdia su fuerza la sustitucion al llegar el menor á la pubertad, atentase á acortar el plazo de la vida de este.

4 Non solùm autem hæredibus institutis impuberibus liberis ità substituere parentes possunt, ut, et si hæredes eis extiterint, et ante pubertatem mortui fuerint, sit eis hæres is, quem ipsi voluerint, *sed etiam exhæredatis.* Itaque eô casu, si quid pupillo *ex hæreditatibus legatisve aut donationibus* propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertineat.

No solamente los ascendientes pueden sustituir á sus descendientes impúberos cuando los instituyen herederos para el caso en que lo sean y mueran antes de la pubertad, sino tambien á aquellos á que desheredan. En este caso pertenecerá al sustituto todo lo que el pupilo hubiere adquirido de las herencias, legados ó donaciones de sus parientes y amigos. 4

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 182. Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Sed etiam exhæredatis.—Siendo como queda dicho, el derecho de sustituir pupilarmente efecto de la potestad paterna, es claro que se extiende aun á los hijos desheredados, supuesto que el acto de la desheredacion en nada disminuye la autoridad del jefe de la familia. Mas si la desheredacion se hiciere sin una justa causa, tiene el hijo expedito el camino de atacar como inoficioso el testamento paterno, y de conseguir su anulacion. Debe observarse que el texto se refiere solamente á los hijos desheredados, y nada dice de los que han sido omitidos, porque como la pretericion del hijo hace desde luego nulo el testamento, es nula tambien la sustitucion, la cual es una accesion de la disposicion del padre, como se manifiesta en el párrafo siguiente. Obsérvese tambien que la sustitucion pupilar hecha al hijo desheredado, no es una verdadera sustitucion en el sentido riguroso de la palabra, porque no es un segundo llamamiento que reemplaza al primero, sino solo la institucion de heredero hecha por el padre en representacion del hijo. Si el padre por arrogacion es el que nombra sustituto pupilar al arrogado, esta sustitucion se limitará á los bienes que

el hijo adquirió de él ó por su contemplacion (1). Los demás deben devolverse á los que serian los herederos legítimos del arrogado, en el caso de que no hubiera tenido lugar la arrogacion, como queda expuesto al tratar de la adopcion.

Ex hæreditatibus legatisve aut donationibus.—Es decir, todos los bienes que tenga el hijo, cualquiera que sea el orígen de que procedan.

4 Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel hæredum institutorum, vel exheredatorum, *eadem etiam de posthumis* intelligimus.

Lo que hemos dicho de la sustitucion de los descendientes impúberos instituidos herederos ó desheredados, es extensiva tambien á los póstumos. 4

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 183, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Eadem etiam de posthumis.—Alúdese solo á los póstumos que en el caso de que hubiesen nacido en vida del testador estarian bajo su poder inmediato, y por ocupar el primer lugar en la familia no recaerian en la potestad paterna de otro. A los cuasi-póstumos podia sustituirse, como ya se ha visto, con la fórmula de la ley Veleya. Mas tanto respecto á los póstumos como á los cuasi-póstumos, era necesario para nombrarles sustituto pupilar que fueran ó instituidos ó desheredados, porque de otro modo no tendria efecto el testamento, que se romperia por su agnacion ó por su cuasi agnacion.

5 Liberis autem suis testamentum facere nemo potest, *nisi et sibi faciat*: nam pupillare testamentum pars et *sequela est* paterni testamenti, adeò ut, si patris testamentum non valeat, *nec filii quidèm valebit.*

Ninguno puede hacer testamento para sus descendientes sin hacer el suyo, porque el testamento pupilar es una secuela del testamento paterno. Así si el testamento del padre no vale, tampoco valdrá el del hijo. 5

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 9, tít. XXIII de sus Reglas.)

Comentario.

Nisi et sibi faciat.—Extraño seria conceder al padre, que no hacia su propio testamento, el derecho de otorgar el de su hijo: á

(1) §. 6 de la ley 10, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.
(2) §. inicial, de la ley 2, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.

este motivo racional se agrega en el caso presente la consideracion de accesoria que los romanos daban á la sustitucion pupilar, la cual por lo tanto venia á ser una secuela del testamento paterno. Tenia pues, aquí completa aplicacion la regla de Ulpiano (1). *Cum principalis causa non consistit, nec ea quidèm quæ sequuntur, locum habent.*

Sequela est.—¿Y será necesario hacer en un mismo acto la institucion y la sustitucion pupilar? ¿Y deberá la institucion, esto es, el llamamiento de heredero para los bienes del padre, preceder siempre á la sustitucion, es decir, á la institucion á nombre del hijo? Estas dos preguntas ocurren naturalmente al leer que el testamento del hijo se secuela y accesion del testamento paterno; pero ambas están resueltas por el derecho. El testador puede sustituir en su mismo testamento, ó en acto separado: si lo hace en su mismo testamento, basta que emplee al efecto las solemnidades externas que para uno exige la ley (2); mas si los otorga separadamente, en cada cual de ellos se requieren todas las formas necesarias para que tengan completa eficacia las últimas voluntades (3), pudiendo tambien hacer uno de los testamentos escrito y nuncupativo el otro (4). Cuando ambas disposiciones están otorgadas en el mismo acto, indiferente es que la sustitucion siga ó preceda á la institucion (5); mas si los testamentos están hechos en actos separados, entonces es necesario que el del padre preceda al del hijo, pues que toda la fuerza de este depende del primero (6).

Nec filii quidèm valebit.—El testamento del hijo, como accesion y secuela del paterno, sigue sus mismas vicisitudes. Por esto cuando es nulo el testamento del padre, lo es el del hijo, como advierte el texto; por esto en el caso de que el primero se rompa por la agnacion de un póstumo, el segundo sigue la misma suerte (7); y por esto tambien si el testamento del padre deja de tener efecto por falta de la adicion del heredero, no podrá tampoco tenerlo el del hijo (8). Sin embargo, si el testamento del padre conserva fuerza en alguna de sus partes, será valedera la sustitucion pupilar (9): pero no puede decirse que el testamento paterno se anula en virtud de la

---

(1) §. 1 de la ley 129, tit. XVII, lib. L del Dig.
(2) §. inicial de la ley 20, tit. VI, lib. XXVIII del Dig.
(3) §. 1 de la ley 16, tit. VI, lib. del XXVIII Dig.
(4) §. 4 de la ley 8, tit. XII, lib. XXXVII del Dig.
(5) §. 5 de la ley 2, tit. VI, lib. XXVIII del Dig.
(6) §§. 4 y 7 de dicha ley 2.
(7) §. inicial de la ley 2, tit. VI, lib. XXVIII del Dig.
(8) §. 4 de la ley 10, tit. VI, lib. XXVIII del Dig.
(9) §. 5 de la ley 8, tit. II, lib. V del Dig.

nulidad de la sustitucion pupilar que no afecta á la institucion del padre, porque falta la causa que en el caso contrario exige establecer doctrina diferente.

Para completar la explicacion de este texto, conviene examinar ligeramente la influencia que la institucion de heredero tiene sobre la sustitucion pupilar, y por el contrario, la que la sustitucion pupilar tiene sobre la institucion. Dos hipótesis distintas pueden presentarse: la de que el sustituto pupilar sea al propio tiempo llamado á la herencia paterna, y la de que no lo sea.

Cuando el sustituto pupilar es al mismo tiempo el heredero instituido por el padre, hay que distinguir el caso en que acepte la herencia, de aquel en que la repudie. En el de aceptarla, no podrá renunciar la herencia pupilar: así es que si fallece en el tiempo que media entre la adicion de la herencia y la muerte del impúbero á quien fué sustituido, sus herederos tendrán el carácter de sustitutos pupilares, porque el que fué heredero del padre, necesariamente tiene que serlo del hijo (1). Mas si repudia la herencia del padre, hay que considerar si ha sido instituido como heredero único, ó si tiene otros coherederos. Cuando es heredero único, repudiada la herencia del padre, no podrá adir la del hijo, porque el testamento del hijo no vale sino en cuanto se ha adido la herencia del padre (2): en la repudiacion, pues, de la herencia del padre se comprenden ambas. Pero si el sustituto tiene coherederos en la institucion paterna ú otros sustitutos vulgares, conviene distinguir el caso en que el mismo pupilo sea uno de los coherederos y no se abstenga de la herencia del padre, de aquellos en que haya sido desheredado ó en que se haya abstenido. Si el hijo es uno de los coherederos nombrados por el padre y no se abstiene, el sustituto, repudiando la institucion, repudia asimismo la sustitucion, pues como dice Ulpiano, ó debe tener ambas herencias ó ninguna, porque las dos comienzan á estar unidas desde el principio (3). No sucederá lo mismo si el pupilo hubiese sido desheredado ó si se hubiese abstenido de la herencia paterna, porque entonces su sustituto que la repudió, si fué adida por uno de sus coherederos, puede aceptar la del impúbero (4): lo cual se funda por una parte en que la subsistencia del primer testamento conserva la fuerza del segundo, y por otra en que las herencias del hijo y del padre no se confundieron. Pero la repudiacion de la sustitucion, bien el pupilo sea heredero del padre, bien esté desheredado ó bien se haya

---

(1) Ley 59, tít. II, lib. XXIX del Dig.; y ley 20, tít. XXX, lib. VI del Cód.
(2) §. 4 de la ley 10, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.
(3) §. 2 y 3 de la misma ley 10.
(4) Ley 41, tít. II, lib XXIX del Dig.

abstenido, lleva consigo implícitamente la repudiacion de la herencia del padre.

Por lo que hace á la segunda hipótesis, en que el sustituto pupilar no es llamado á la institucion del padre, hay menos complicaciones. Es claro que si el impúbero fué desheredado, el sustituto pupilar no podrá obtener la herencia paterna que tampoco obtuvo el hijo á quien sucede; y por el contrario, si el impúbero fué heredero, no podrán separarse las dos herencias, puesto que ambas forman una sola (1).

6 Vel *singulis* autem *liberis*, vel *qui eorum novissimus* impubes *morietur*, substitui potest. Singulis quidèm, si neminem eorum intestatô decedere voluerit; novissimo, si jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos custodiri velit.

Puede sustituirse á cada uno de los descendientes, ó al de entre ellos que muriese el último sin llegar á la pubertad: á cada uno de ellos, si se quiere que ninguno muera intestado y al último, si se prefiere conservar entre ellos íntegramente el derecho de las sucesiones legítimas. 6

ORIGENES.

Copiado de Florentino. (Ley 37, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Singulis liberis.—En el caso de que el testador señalase individual ó conjuntamente sustitutos á sus hijos, la sucesion de ellos será testada si mueren en la edad pupilar.

Qui eorum novissimus morietur.—Cuando el testador solo nombra sustituto pupilar al último de sus hijos que muera, es porque quiere que entre ellos se sigan las reglas de la sucesion intestada, *jus legitimarum hæreditatum*; es decir: los primeros mueren intestados, y solo el último que fallece, tiene testamento. Pero si todos murieran al mismo tiempo, el sustituto los heredaria individualmente (2).

7 Substituitur autem impuberi *aut nominatim*, veluti TITIUS; aut generaliter, ut, QUISQUIS MIHI HÆRES ERIT: quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere filiô mortuô, qui et scripti sunt hæredes et extiterunt, *et pro quâ parte* hæredes facti sunt.

Puede sustituirse á un impúbero ó nominalmente, por ejemplo, TICIO SEA HEREDERO; ó generalmente, por ejemplo, CUALQUIERA QUE SEA MI HEREDERO. De este modo, al morir el hijo impúbero, son llamados á la sustitucion los que fueron instituidos herederos y que llegaron á serlo en la misma proporcion que la institucion les señalaba. 7

(1) §. 2 citado de la ley 10, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.
(2) §. inicial de la ley 34, tít. VII, lib. XXVIII del Dig.

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano, Ley 8, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.

Comentario.

Aut nominatim.—Siendo la sustitucion una institucion, exige la mismas cualidades de capacidad en los sustítutos que las que se requerian para ser herederos.

Titius.—Demasiado lacónicamente se expresa aquí Justiniano, de modo que mas que cláusula de sustitucion, parece una institucion el ejemplo que propone. Llenando lo que él omitió por darlo como sobreentendido, completaré la cláusula: *Dejo mi herencia á mi hijo, y si muriese antes de llegar á la pubertad, Ticio sea heredero.*

Quisquis mihi hæres erit.—Estas palabras han de comprenderse del modo que despues las explica el texto: *qui et scripti sunt hæredes et extiterunt.* Así es que no podia ser admitido á la sustitucion pupilar con la limitacion antes expuesta, el que habia repudiado la herencia del padre del pupilo (1). Debe aquí observarse que las palabras *qúisquis mihi hæres erit*, se refieren solo á aquellos que han sido instituidos herederos, no á los que han recibido la herencia por absorber la personalidad de los instituidos. Así es que el señor que adquirió la herencia dejada al esclavo, ó el padre aquella á que fué llamado el hijo, solo serán admitidos á la sustitucion pupilar en el caso de que las mismas personas continúen en su potestad, pues si hubieren salido de ella ó pasado á la de otro, corresponderá la sustitucion ó á ellos mismos, ó á la persona en cuyo poder se hallen al tiempo de abrirse la sucesion pupilar (2).

Et pro quâ parte.—Es de observar que el texto se refiere al caso en que expresándose partes en la institucion, no se hubieren puesto en la sustitucion, y establece el principio de que los sustitutos se entienden llamados á la sucesion del hijo del mismo modo que lo fueron á la del padre. Esto se funda en la presunta voluntad de los testadores.

8 Masculo igitur *usque ad quatuordecim annos* substitui potest, feminæ usquè ad duodecim annos. Et si hoc tempus excesserit, substitutio evanescit.	Puede sustituirse á los descendientes varones hasta la edad de catorce años, y á las hembra hasta la de doce: pasando de estas edades se desvanece la sustitucion. 8

ORIGENES.

Tomado de Pomponio. (Ley 14, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.)

(1) §. 1 de la ley 34, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.
(2) Ley 3 y §. 1 de la ley 8, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.

Comentario.

Usque ad quatuordecim annos. —Pudiendo los jóvenes hacer testamento al entrar en la pubertad, cesa la facultad que los padres tienen para hacerlo en su representacion. Mas al mismo tiempo que les está prohibido sustituir despues de las expresadas edades, pueden hacerlo dentro de ellas, por ejemplo, diciendo: *nombro á Ticio heredero de mi hijo, si este muriese antes de cumplir ocho años* (1). La sustitucion que se hiciere para mas allá de los años de la pubertad, se extinguirá al llegar esta (2).

9 Extraneo verò vel filio puberi hæredi instituto *ità substituere nemo potest*, ut, si hæres extiterit, et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit hæres. Sec hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget, alii *hæreditatem* ejus, vel *totam*, *vel pro parte restituere*; quod jus quale sit, suô locô trademus.

Ninguno puede sustituir á un extraño ó á un hijo que ha llegado á la pubertad á quien ha instituido heredero, en términos de que en el caso de que lo sean y mueran en cierto plazo, otro sea su heredero. Solo es permitido al testador obligarlos por medio de un fideicomiso á restituir la herencia en todo ó en parte, de lo cual hablaremos en el lugar correspondiente. 9

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 184, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Ità substituere nemo potest.—Esto es consecuencia de las doctrinas que antes se expusieron. La sustitucion vulgar, única que puede hacerse al hijo que ha llegado á la pubertad, se refiere solo al caso en que no sea heredero el instituido: la cláusula de la sustitucion pupilar solo es aplicable á los hijos impúberos constituidos en potestad, y á los descendientes que se hallan en el triste estado de demencia.

Hæreditatem totam, vel pro parte restituere.—No queriendo anticipar aquí ideas, que tienen mas oportuno lugar al hablar de los fideicomisos, me limitaré á observar que en el caso presente se circunscribe el testador á disponer de un modo indirecto de sus bienes, sin mezclarse en la sucesion de los que á otro puedan pertenecer.

Concluiré este título añadiendo para su complemento algunas cosas que no he encontrado ocasion de exponer en el comentario.

(1) Ley 24, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.
(2) Ley 14, tít. VI, lib. XXVIII del Dig.

La sustitucion pupilar se desvanece no solo por llegar á la pubertad, sino cuando el pupilo muere antes que el testador, pues que entonces cesa la causa de su introduccion: del mismo modo si es arrogado, porque como hijo de familia no puede tener testamento; pero no por esto el sustituto perderá los bienes que le hubieran correspondido, á no verificarse la arrogacion, pues que, como queda dicho en otro lugar (1), estaba obligado el arrogador del impúbero á dar fianza que asegurase la restitucion de sus bienes á las personas que serian llamadas á la sucesion, si la arrogacion no se hubiese efectuado.

De todas las reglas que quedan expuestas estaban exentos los testamentos militares; el soldado podia sustituir pupilarmente aunque no hubiera hecho su propio testamento (2); la sustitucion valia sin haberse adido la herencia del padre del pupilo (3), y podia ser extensiva á los hijos emancipados, á los extraños y á los hijos constituidos en potestad, aun despues de la edad pupilar, por lo tocante á los bienes que recibiesen de la sucesion del soldado (4).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Las disposiciones del derecho español relativas á la sustitucion pupilar, se consignan en las leyes de Partida (5) con arreglo á los mismos principios del derecho romano. Una ley (6), sin embargo, establece que por la renuncia que el hijo hace de la herencia paterna cesa la sustitucion, doctrina que algunos intérpretes procuran modificar, limitándola al caso en que al hijo instituido se haya puesto un coheredero extraño; pero esta cuestion no es oportuna ya en mi concepto desde que la ley del Ordenamiento de Alcalá (7), modificando el derecho de Partidas estableció que ni la institucion de heredero ni la adicion de la herencia fuesen indispensables para la subsistencia de todos los demás capítulos del testamento.

Pero si no hay leyes que introduzcan de una manera directa diferencias notables entre nuestras doctrinas y las romanas respecto á la

(1) §. 3, tit. XI del libro I de estas Inst.
(2) §. 1 ley 2, tit. VI, lib. XXVIII del Dig.
(3) §. 1, ley 41, tit. I, lib. XLIX del Dig.
(4) Ley 5, y §. 4 de la ley 41, tit. I, lib. XLIX; y ley 15, tit. VI, lib. XXVIII del Dig.
(5) Leyes 5 y siguientes, tit V, Part. VI.
(6) Ley 10 del mismo título y Partida.
(7) Ley 2, tit. XIX, que es la 1.ª, tit. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.

sustitucion pupilar, otras han venido á cambiar indirectamente en algunos puntos interesantes los principios que quedan consignados. Tales son: la que ordena que el hijo salga del poder paterno por el matrimonio (1), á lo que es consiguiente que residiendo la pátria potestad solo en el padre, y no en los demás ascendientes, á él solo corresponde el derecho de nombrar sustituto pupilar á su hijo: la que establece que, aunque no haya adicion de la herencia, ni aun heredero instituido, valga el testamento en la mandas y demás cosas que contenga (2), de lo que, se infiere que la falta de adicion en la institucion no puede echar por tierra la sustitucion: las que marcan la legítima que corresponde á los ascendientes, en virtud de las que el sustituto nunca puede excluir á la madre de la herencia del hijo, pues que á aquella corresponden las dos terceras partes de los bienes de este (3), quedando así solamente al sustituto la otra tercera parte, que es lo único de que el hijo hubiera podido disponer en caso de testar por sí mismo, y últimamente, las que hacen entre nosotros inaplicables las doctrinas de las capitis-diminuciones, y autorizan al hijo de familia para testar.

En cuanto á la sustitucion ejemplar, necesario es que el que nombre sustituto deje á salvo los derechos legítimos de los descendientes y ascendientes del que padece la enajenacion mental. En defecto de unos y otros deberá nombrarse como sustitutos á los hermanos del incapacitado (4), y solo á falta de estos podrá el ascendiente nombrar á los extraños.

TITULUS XVII.

Quibus modis testamenta infirmantur.

TITULO XVII.

Del modo de perder su fuerza los testamentos.

Al empezar á exponer las doctrinas de este título, debo advertir que son dos cosas diferentes la *nulidad* y la *anulacion* de un testamento, la nulidad supone un vicio que impide desde su otorgamiento que sea subsistente; la anulacion supone por el contrario, que, siendo el testamento válido en su origen, viene por alguna circunstancia posterior á hacerse ineficaz. Interesante es la nomenclatura en este título, porque si no se tiene la debida diligencia, es fácil incurrir en errores de gravedad. Justiniano trata aquí solamente del modo de per-

(1) Ley 5, tít. V, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Ley 1, tít. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.
(3) Ley 1, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Ley 11, tit. V, Part. VI.

der su fuerza los testamentos, esto es, de su anulacion; acerca, pues, de la nulidad llenaré el vacio que algunos quizás observen, si bien en realidad no existe, porque implícitamente queda expuesta esta doctrina en los títulos anteriores.

Para no causar confusion en la nomenclatura que adopto por la necesidad de representar las ideas de los romanos con palabras castellanas, diré que las voces de *nulidad* y de *anulacion*, tan á propósito entre nosotros para hacer formar la idea de una cosa viciosa en su orígen y de otra que siendo válida antes viene á no serlo despues, no son romanas, aunque lo sea el epiteto *nullum*, aplicado á un testamento insubsistente desde el principio. Los romanos sustituian estas frases con las de *irritum esse*, *irritum fieri*.

Los testamentos carecen de fuerza desde su orígen, ó bien por incapacidad del testador al tiempo de otorgarlos, ó por no observar las solemnidades internas y externas que, como se ha dicho, son indispensables para su subsistencia. Esta diversidad de causas ha producido tambien diferentes clases de denominaciones. Cuando el contenido del testamento está esencialmente viciado, por ejemplo, por defecto de la institucion de heredero, ó por la pretericion de los hijos, ó bien porque el testador sea inhábil para testar con arreglo á las leyes, el testamento es *nulo*, *testamentum nullum*, *nullius momenti*. Pero cuando el defecto consiste en no haberse observado la forma exterior del testamento, entonces el testamento se llama *injusto*, *injustum*, es decir, *non jure factum* (1).

Los testamentos nulos é injustos son inválidos en todo lo que contienen (2): ningun acto posterior puede darles fuerza, y por lo tanto tampoco desaparecer la causa que produjo su nulidad: aquí de lleno surte su efecto el principio de que no puede hacerse válido lo que fué vicioso en su orígen: *quod initiò vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (3). Así es que en caso de que el hijo que no fué instituido ni desheredado por el padre, muriere antes del fallecimiento de este, el testamento que por tan grave omision fué nulo, permanecerá nulo atendido el rigor del derecho civil. El pretor, sin embargo, guiado por razones de equidad, daba al heredero escrito la *bonorum posesion secundùm tabulas* (4).

Testamentum jure factum usque eo valet donèc *rumpatur, irritumve fiat*.

El testamento hecho con arreglo á las leyes, es válido hasta que se rompe ó se hace inútil.

---

(1) Ley 1, tit. III, lib. XXVIII del Dig.
(2) Ley 17, tit. I, lib. XXVIII del Dig.
(3) Ley 29, tit. XVII, lib. L, del Dig.
(4) §. inicial de la ley 12, tit. III, lib. XXVIII del Dig.

ORIGENES.

Tomado de Ulpiano. (§. 1, tít. XXIII de sus Reglas.)

Comentario.

Rumpatur, irritumve fiat.—Como en los párrafos siguientes están completamente desenvueltas estas palabras, omito ahora comentarlas.

1 *Rumpitur* autem testamentum, cum, *in eódem statu manente testatore*, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum *adoptaverit* sibi filium *per imperatorem*, eum, qui sui juris est, aut per prætorem, *secundùm nostram constitutionem*, eum, qui in potestate parentis fuerit: testamentum ejus rumpitur *quasi agnatione* sui hæredis.

Se rompe el testamento cuando se vicia, permaneciendo el testador en el mismo estado. Si alguno, pues, habiendo ya hecho el testamento, adoptase por rescripto del príncipe á un padre de familia, ó con arreglo á nuestra constitucion adoptara delante del pretor á un hijo de familia, el testamento se rompe por la cuasi agnacion de un heredero suyo. 1

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 138, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Rumpitur.—No solo se rompe el testamento por la agnacion de un *heredero suyo*, que es el caso de que habla este texto, sino tambien por el testamento posterior, como se dice en el siguiente.

In eôdem statu manente testatore.—Cuando el testamento pierde su fuerza por haber sufrido el testador la capitis-diminucion, entonces no se dice que se rompe, sino que se hace inútil, *irritum.*

Adoptaverit per imperatorem.—Es decir, si el testador arrogase á alguno.

Secundùm nostram constitutionem.—Alude á la adopcion plena, que es la hecha por un ascendiente, como queda expuesto en su lugar.

Quasi agnatione.—Con mayor razon se rompe el testamento por el nacimiento de un hijo ó de una hija póstumos, esto es, por la agnacion. Por la cuasi-agnacion se romperia tambien el testamento, en el caso de que el nieto, por la muerte ó emancipacion de su padre, viniera á ocupar el primer lugar en la familia y á ser por lo tanto heredero suyo. Por último la legitimacion de los hijos naturales rompia el testamento, pues que este acto les daba el mismo carácter de herederos suyos, que el nacimiento á los legítimos (1).

(1) §. 2, tít. I, lib. III de las Inst.

En otro lugar queda expuesto el modo de evitar que el testamento se rompiera por la agnacion de los póstumos ó cuasi póstumos, habiéndose tambien hecho mencion de la fórmula con la que podian ser instituidos ó desheredados. Esto, que no presentaba la menor dificultad respecto á los descendientes que nacian despues ocupando el primer lugar de la familia, ó á los que teniendo antes un lugar inferior venian á conseguir el primero por fallecimiento ó emancipacion de los que los precedian, ¿seria extensivo al caso de que hecho ya el testamento hubiera legitimacion ó adopcion? O lo que es lo mismo, ¿podria el testador evitar que la legitimacion del hijo natural, ó que la arrogacion ó la adopcion plena posteriores al testamente lo rompieran? Cuando los legitimados ó adoptados habian sido instituidos herederos, no hay duda ninguna que valia el testamento anterior, porque estaba satisfecha la exigencia de la ley, como expresamente lo dice Justiniano siguiendo á los jurisconsultos Scevola y Papiniano (1). Por el contrario, era inevitable que se rompiera el testamento desheredándolos, porque no estando al tiempo del otorgamiento de la última voluntad entre los herederos suyos, no podian ser excluidos de un derecho á que no eran llamados (2).

2 *Posteriore* quoquè *testamentô, quod jure perfectum est*, superius rumpitur. *Nec interest*, an *extiterit* aliquis *hæres* ex eô, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an aliquô caso existere potuerit. Ideòque, si quis aut noluerint hæres esse, aut vivô testatore, aut post mortem ejus antequàm hæreditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub quâ hæres institutus est, defectus sit, in his casibus *paterfamilias intestatus moritur*: nam et prius testamentum non valet ruptum à posteriore: et posterius æquè nullas vires habet, cum ex eô nemo
3 hæres extiterit (*a*). Sed si quis priore testamentô jure perfectô, posterius æquè jure fecerit., *etiamsi ex certis rebus* in eô hæredem instituerit, superius testamentum sublatum esse, divi Severus et Antoninus rescripserunt. Cujus consti-

Se rompe igualmente el testamento por el otorgamiento de otro posterior hecho legalmente. Ni importa que llegue, ó no á ser heredero el instituido en él, porque solo se atiende á si ha podido ó no haberlo. Por lo tanto, si el instituido no ha querido ser heredero, ó ha fallecido en la vida del testador ó despues de su muerte, pero antes de adir la herencia, ó ha faltado la condicion bajo la cual habia sido instituido, en todos estos casos el padre de familia muere intestado, pues que el primer testamento no vale porque está roto por el último, y el último no tiene fuerza, porque en virtud de él no hay ningun heredero (*a*). Si alguno, despues de haber hecho testamento perfecto, otorga otro igualmente válido, aunque haya instituido á un heredero solamente en cosas determinadas, el pri-

(1) Ley 23, tit II; y ley 18, tit. III, lib. XXVIII del Dig.
(2) §§. 140, y 141 Com. II de las Inst. de Cayo.

tutionis verba inseri jussimus, cum aliud quoquè prætereà in eâ constitutione expressum est. Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Campano: «Testamentum secundô locô factum, licèt in eô certarum rerum hæres scriptus sit, jure valere perindè, ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri hæredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppletâ quartâ *ex lege Falcidiâ*, hæreditatem restituat his, qui in priore testamentô scripti fuerant, propter inserta verba secundô testamentô, *quibus, ut valere prius testamentum*, expressum est, dubitari non oportet (*b*),

mer testamento está revocado con arreglo á un rescripo de los Emperadores Severo y Antonino. Mandamos insertar aquí las palabras de dicha constitucion, porque contienen alguna otra cosa interesante. Los Emperadores Severo y Antonino á Coceyo Campano: «el testamento hecho en segundo lugar, aunque en él se haya nombrado heredero solamente para cosas determinadas, vale del mismo modo que si no se hubiese hecho mencion de ellas; pero el heredero escrito está obligado á contentarse con las cosas que se le han dejado, ó completar lo que falte hasta la cuarta parte con arreglo á la ley Falcidia, y restituir la herencia á los que habian sido instituidos herederos en el primer testamento, en virtud de las palabras que el testador puso en el segundo, expresando su voluntad de que el primero valiese (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 144, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Marciano. (Ley 29, tit. I, lib XXXVI del Dig.)

Comentario.

Posteriore testamentô.—La voluntad del hombre respecto á la sucesion, es variable hasta su muerte; así dice Ulpiano: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum* (1), máxima que ha quedado como una especie de adagio jurídico. Esta mutacion de voluntad puede ser designada ó bien con hechos, de que habrá ocasion de hablar en otro de los párrafos de este título, ó bien otorgando un nuevo testamento. A los motivos racionales que apoyan esta doctrina como fundada en la voluntad del testador, se agregaba la razon civil de que nadie entre los romanos podia morir con dos testamentos, á excepcion del soldado que tenia este entre otros privilegios, reputándose en tal caso como coherederos los que habian sido instituidos en los diferentes testamentos (2).

(1) Ley 4, tít. VI, lib. XXXIV del Dig.
(2) §. inicial de la ley 19, tít. I, lib. XXIX del Dig.

Quod jure perfectum est.—Es decir, que los testamentos deben tener los requisitos que las leyes exigen en su clase respectiva, y por lo tanto, el testamento privilegiado hecho con menores solemnidades que las que la ley exige comunmente, anulará él anterior otorgado en la forma ordinaria. El primer testamento queda revocado, aunque el testador no lo haya dicho expresamente (1), siempre que el segundo sea válido, hasta tal punto, que en el caso de que el testador lo anulase despues con intencion de que prevaleciese el primero, este seria insubsistente con arreglo al rigor del derecho civil, que el pretor mitigaba dando al instituido la *bonorum posesion secundum tabulas* (2). Mas esta doctrina no es absoluta: así cuando en el primer testamento perfecto se habia excluido á los que eran llamados á la sucesion legítima, y se les instituia en el segundo que estaba incompleto en su forma exterior, este último prevalecia, no como testamento, sino como última voluntad del intestado, *voluntas ultima intestati*, bastando entonces para su fuerza el testimonio de cinco testigos juramentados (3).

Nec interest extiterit hæres.—La razon de anularse el primer testamento es, como queda dicho, la mutacion de voluntad, y asi es que en vida misma del testador pierde toda la fuerza que tenia: por otra parte la adicion de la herencia ni aumenta ni disminuye la perfeccion del testamento, que es independiente de un suceso accidental posterior á la muerte del que lo otorgó.

Paterfamilias intestatus moritur.—Como por falta de la adicion de la herencia toda la última voluntad caia á tierra, y no prevalecia ya ni el primer testamento anulado por el otorgamiento del posterior, ni este por defecto de heredero que admitiese la herencia, se abria la sucesion legítima del que se hallaba en semejante caso.

Etiamsi ex certis rebus.—El rigor del principio que no permitia que uno en parte tuviera testamento, y en parte muriera intestado, hacia, como ya he dicho en otra ocasion, que el instituido ó instituidos en parte determinada de la herencia se consideraran instituidos en el todo. La doctrina del texto es solamente aplicacion de esta regla al caso que se refiere.

Ex lege Falcidiâ.—Con razon observa Ortolan que, mas que de la ley Falcidia, debia hablar el texto del senado-consulto Pegasiano; pues que la primera se referia á los legados, y el segundo á los fideicomisos, que es el caso presente.

Quibus, ut valeret prius testamentum.—Hé aqui la razon princi-

(1) §. inicial de la ley 19.
(2) §. 2 de la ley 11, tit. XI, lib. XXVXIII del Dig.
(3) Ley 2, tit. III, lib. XXVIII del Dig.; y §. 3 de la ley 21, tit XXIII, lib. VI del Dig.

pal de la doctrina que se estableció en la constitucion de los Emperadores Severo y Antonino, respecto á la restitucion de la herencia á los instituidos en el primer testamento, á excepcion de la cosa determinada que se dejara en el segundo, ó de la cuarta parte, que podia retener el heredero fiduciario, como en su lugar se expondrá. En el hecho de decir el testador en el segundo testamento que el primero fuera válido, manifestada claramente su voluntad de que los dos fuesen subsistentes. Esto repugnaba á los principios del derecho romano, que no permitian que uno tuviera á la vez dos testamentos, siendo preciso por lo tanto que el primero quedase anulado por el segundo cuando era perfecto, segun se ha expuesto en el párrafo que antecede. Mas los romanos venian á admitir por un medio indirecto lo que desechaban atendido al derecho estricto; puesto que era lícito dejar fideicomisos, esto es, rogar al heredero instituido que restituyera la herencia, lo cual podia hacer el testador ó con palabras que expresamente lo declararan, ó con otras indirectas que implícitamente lo indicasen (1), se suponia en este caso que la voluntad del testador era nombrar por heredero al instituido en el segundo testamento, y por fiduciario al que lo era en el primero.

3 Et ruptum *quidèm* testamentum hoc *modó* efficitur.

Tambien de este modo se rompe el testamento. 3

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§ 1, ley 12, tít. III, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Quidèm hoc modò.—Este texto debe considerarse como parte integrante del que antecede.

4 Aliô quoquè modo testamenta *jure facta infirmantur*, veluti, *cum is, qui fecerit testamentum, capite-deminutus sit*. Quod quibus modis accidit, primô librò retulimus (*a*).
5 *Hoc* autem *casu irrita fieri* testamenta dicuntur, cum alioquin, et quæ rumpuntur, irrita fiunt; et quæ statim ab initiô non jure fiunt, irrita sunt; et ea, quæ jure facta sunt, posteà propter capitis-deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sa-

Hay otra causa por la cual los testamentos hechos válidamente pierden su fuerza, esto es, cuando el que testó sufre la capitis-diminucion. En el primer libro hemos manifestado los modos de sufrirla (*a*). 4
En tal caso se dice que los testamentos son inútiles (*irrita*). Es cierto que tambien los testamentos que se rompen se hacen inútiles, mas los que desde el principio no se han otorgado legalmente son inútiles: por la inversa, podemos decir tam- 5

(1) §. 1 de la ley 19, tít. I, lib. XXXVI del Dig.

nè commodius erat, *singulas causas singulis appellationibus distingui*, ideò quædam non jure facta dicuntur, quedam jure facta rumpi, vel irrita fieri. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ, *ab initio jure facta*, propter capitis-deminutionem irrita facta sunt (*b*).
6 Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus hæres *secundum tabulas* testamenti *bonorum possessionem* agnoscere, *si modò* defunctus et *civis* Romanus *et suæ potestatis mortis tempore* fuerit: nam si ideò irritum factum sit testamentum, quod civitatem, vel etiam libertatem testator amissit, aut quia in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus hæres secundum tabulas bonorum possessionem petere (*c*).

bien que se rompen los testamentos que formados legalmente se hacen despues inútiles por la capitis-diminucion. Pero como es mejor distinguir con diversos nombres las diversas causas que hacen ineficaces los testamentos, de aquí proviene que se diga que unos están hechos ilegalmente, y que otros, hechos legalmente, se rompen ó se hacen inútiles (*irrita*) (*b*). Sin embargo, los testa- 6
mentos otorgados válidamente que se hacen inútiles por la capitis-diminucion, no quedan del todo destituidos de efecto, porque si están sellados por siete testigos, el heredero escrito podrá tener la *bonorum posesion secundum tabulas*, con tal de que el difunto haya sido ciudadano romano y dueño de sí mismo al tiempo de la muerte. Mas si el testamento se ha hecho inútil porque el testador haya perdido la cualilidad de ciudadano, ó la libertad, ó se haya dado en arrogacion y esté al tiempo de la muerte en potestad de su padre adoptivo, el heredero escrito no podrá pedir la *bonorum posesion secundum tabulas* (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 145, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Copiado de Cayo. (§. 146, Com. II de sus Inst.)
(*c*) Tomado de Cayo. (§. 147, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Jure facta.—Es decir, los testamentos otorgados por persona capaz legalmente de testar, y que tienen las solemnidades externas é internas requeridas por el derecho.

Infirmantur.—*Irrita fieri* se dice poco despues; frase con que se designa este modo de perder su fuerza los testamentos otorgados válidamente, cuando por mudarse el estado y la capacidad del testador vienen á anularse.

Cum is, qui fecerit testamentum, *capite-deminutus sit.*—Indiferente es que sea la capitis-diminucion máxima, la media ó la mínima. De las dos primeras no puede ofrecerse dificultad alguna, pues que

la testamentifaccion activa, como antes se ha dicho, era peculiar de los ciudadanos romanos, condicion que se perdia por cualquiera de estas capitis-diminuciones; y segun las doctrinas que he expuesto al hablar de las personas que podian testar, los que no eran ciudadanos no solo estaban incapitados para hacer, sino tambien para tener testamento, es decir, que el que válidamente habian otorgado cuando lo eran, quedaba anulado en el hecho de perder los testadores esta cualidad necesaria. Aplicable es aquí la regla de que *el negocio incidió en aquel caso de que no podia tomar origen*, regla que explicaré en el título de legados. Lo mismo debe decirse de la capitis-diminucion mínima, cuando por la arrogacion se hiciera hijo de familia el que antes era cabeza de ella. Excusado es considerar los casos de adopcion y emancipacion; antes de estos actos no es posible suponer un testamento válido, porque los hijos de familia no podian testar.

Conviene observar aquí que tambien se aplica alguna vez (1) la frase *irrita fieri* á los testamentos que dejaban de tener efecto por falta de la adicion de la herencia, ó bien porque el instituido no quisiera, ó porque se incapacitara para ser heredero despues de la institucion, ó porque no se cumpliera la condicion de que dependia. Pero comunmente estos testamentos llevan la denominacion de *destituidos: destituta ó deserta* (1).

Hoc casu.—Alúdese al caso de que se habla en el texto.

Irrita fieri.—Es decir que se anulan los testamentos; á diferencia de las palabras que pone despues, *irrita sunt*, esto es, que son nulos desde su orígen.

Singulas causas singulis apellationibus distingui.—Este párrafo sirve de apoyo á lo que acerca de la nulidad y de la anulacion de los testamentos, y de la nomenclatura que se da á las diferentes causas que las producen, queda expuesta en los comentarios que anteceden.

Ab initió jure facta.—Refiérese este texto solamente á los testamentos que, válidos al principio, se hacian despues ineficaces, no á los nulos.

Secundum tabulas bonorum possessionem.—Como atendido el rigor del derecho el testamento era inútil, *irritum*, el que habia sido escrito heredero no podia obtener la herencia: esta palabra civil no se acomodaba al llamamiento que hacia el pretor cediendo á razones de equidad á fin de que no quedase destituida de efecto la voluntad del testador.

---

(1) Ley 1, tit. III, lib. XXVIII del Dig.
(2) §. 2 de la ley 9, tit. II, lib. XXVIII del Dig.

Si modò civis et suæ potestatis mortis tempore.—Es decir, que la capitis-diminucion sufrida en el intermedio del otorgamiento del testamento y de la muerte, si habia cesado antes de esta, no dejaba sin efecto la última voluntad, segun la cual daba el pretor la *bonorum posesion*. Fúndase esto tanto en que la capitis-diminucion no es un hecho que suponga la mudanza de voluntad, como en haber cesado la causa que impedia tener testamento, viniendo así el derecho pretorio á corregir la sutileza rigurosa del civil, que habia anulado el otorgado préviamente. Justiniano no hace aquí distincion entre las capitis diminuciones máxima y media, y la mínima, á pesar de que adoptó en el Digesto un fragmento del jurisconsulto Papiniano (1), segun el cual el testamento que se habia hecho inútil por la capitis-diminucion mínima, revivia solo en el caso de que recobrando el testador su primitivo estado, declarase en un codicilo ó en otro instrumento su voluntad de que conservara su fuerza el testamento antes otorgado. Ni deja de ser poderosa la razon de diferencia: el que en virtud de una condena, por ejemplo, sufria la capitis-diminucion máxima ó media, restituido por la gracia imperial á su primitivo estado, no daba lugar á que por un hecho propio se creyera que habia mudado de voluntad: por el contrario, el que se daba en arrogacion, acto puramente voluntario, se constituia en hijo de familia, y él mismo anulaba la disposicion que antes válidamente habia otorgado. Ortolan cree que el silencio de Justiniano en esta parte puede ser efecto de la variacion que introdujo en las arrogaciones, puesto que conservando el arrogado la nuda propiedad de sus bienes, su consentimiento para la arrogacion no indica un cambio de voluntad testamentaria que requiriese una prueba en contrario.

El texto que comento, se limita á los testamentos inútiles, *irrito*, en virtud de la capitis-diminucion; pero el principio que en él domina es extensivo tambien á los que se rompian por el nacimiento de un póstumo ó por el otorgamiente de otro testamento posterior Supongamos que el póstumo que nació despues de otorgado el testamento, muriese antes que el padre; en este caso el pretor daba tambien la *bonorum posesion secundum tabulas*, á pesar de no ser esto ajustado al rigor escrupuloso del derecho (2). Lo mismo sucedia cuando el testador cancelaba ó destruia el último testamento, siempre que constase que lo habia hecho con intencion de que prevaleciese el primero (3). Papiniano al sentar esta doctrina, responde á la objecion que podria hacerse de que en tal caso por la nuda voluntad

(1) §. 2 de la ley 11, tit. XI, lib. XXXVII del Dig.
(2) §. inicial de la ley 12, tit. III, lib. XXVIII del Dig.
(3) § 2 de la ley 11, tit. XI, lib. XXXVII del Dig.

se constituye un testamento, diciendo que no hay aquí cuestion de otorgamiento de última voluntad, sino únicamente de la fuerza que debe taner una excepcion.

7 Ex eô autem solô non potest infirmari testamentum, *quod posteà testator id noluit valere*: usquè adeò ut, et si quis post factum prius testamentum posterius facere cœperit, et, aut mortalite præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, non perfecisset, *divi Pertinacis oratione* cautum est, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint. Nam imperfectum testamentum sine dubiô nullum est.

La mera voluntad del testador no basta para inutilizar el testamento: esto es de tal módo que si uno empezó á hacer un segundo testamento despues de haber otorgado el primero, y prevenido por la muerte, ó arrepentido de la mudanza no lo concluyese, segun un senadoconsulto hecho en tiempo del Emperador Pertinax, el primer testamento otorgado legalmente, no se hará inútil á no ser que el segundo fuese legal y perfecto, pues que un testamento que está sin concluir es nulo sin ningun género de duda. 7

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (Ley 2, tít. III, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Quod posteà testator id noluit valere.—No basta la mera voluntad expresada ante un número cualquiera de testigos para anular el testamento legalmente otorgado, pues que con mas razon deberia producir este efecto el testamento nuevo empezado y no perfecto, y el texto reprueba semejante doctrina. Es necesario, pues, que haya algun hecho que venga en corroboracion de la voluntad: así se ha podido observar anteriormente respecto al otorgamiento posterior de otro testamento, y ahora debe añadirse que lo mismo sucederia con la cancelacion ó destruccion material del que se habia otorgado, hechas con la intencion de que perdiera su fuerza (1).

En el código Teodosiano (2) se establece una especie de prescripcion para los testamentos, declarándolos sin efecto á los diez años de su otorgamiento, suponiendo que en este período las naturales vicisitudes de la vida habrán cambiado la situacion y la voluntad del testador. Justiniano sin reprobar el principio (3) quiso que el trascurso del tiempo por sí solo no bastase para que perdiera su fuerza el testamento, pero sí cuando á él se unia la prueba de cambio de voluntad en un acta auténtica, ó delante de tres testigos.

---

(1) Ley 1, tít. IV, lib. XXVIII del Dig.
(2) Ley 6, tít. IV, lib. IV.
(3) Ley 27, tít. XXIII, lib. IV del Cód.

Divi Pertinacis oratione.—En la traduccion de esta palabra he usado la de senado-consulto, que me parece la mas adecuada y la única que permite la division del derecho escrito en las seis partes que se enumeran en el título segundo del Libro primero de esta obra. Los senado-consultos se llamaron *orationes principum* y *jura orationibus principum constituta*, porque el Emperador proponia el proyecto de ley con una exposicion de los motivos que lo aconsejaban (*oratio principis*), y sobre él recaia la aprobacion del senado.

8 Eâdem oratione expressit, *non admissurum se hæreditatem* ejus, qui *litis causâ* principem hæredem reliquerit, neque tabulas non legitimè factas, in quibus ipse ob eam causam hæres institutus erat, probaturum, neque *ex nudâ voce hæredis* nomen admissurum, neque ex ullâ scripturâ, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum (*a*). Secundum hæc divi quoque Severus et Antoninus sæpissimè rescripserunt; *licèt enim* (inquiunt) legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus (*b*).

En el mismo senado-consulto se declaró que el príncipe no aceptaria la herencia de aquel que por razon de pleito le nombrase heredero, que no declararia válido el testamento, en que, por no estar otorgado legítimamente, se hubiese hecho la institucion á favor del Emperador, que no admitiria el título de heredero por mera nuncupacion, y que nada recibiria en virtud de escritura á la que faltara la autoridad del derecho (*a*). Tambien los Emperadores Severo y Antonino frecuentemente dieron rescriptos en este mismo sentido; así dicen: aunque estamos libres de las leyes, vivimos, sin embargo, por las leyes (*b*). 8

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo (§§. 8 y 9, tít. XII, lib. IV de sus Sent.)
(*b*) Conforme con Paulo. (§. 3, tít. V, lib. IV de sus Sent.)

Comentario.

Non admissurum se hæreditatem.—La corrupcion y la avaricia de algunos Emperadores romanos, enriqueciéndose á costa de las herencias que legalmente no debian corresponderles, arrancaron á la probidad del anciano Pertinax la propuesta que hizo al senado y que se convirtió en ley.

Litis causâ.—Para oponer á su contrario un rival mas poderoso.

Ex nudâ voce hæredis.—Es decir, por la mera nuncupacion, sin las solemnidades prevenidas por las leyes.

Licêt enim.—Tributo justo rendido á la santidad de las leyes por los mismos que en su omnipotencia se declaraban superiores á las

que ellos dictaban como árbitros de los destinos de gran parte del mundo.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

El Ordenamiento de Alcalá (1), al establecer que no sea necesaria para la validez del testamento, ni la institucion de heredero, ni la adicion de la herencia, ha introducido profundas modificaciones en el derecho que las leyes de Partida (2), siguiendo á las romanas, establecieron respecto á no tener fuerza las últimas voluntades ó á perder la que tenian.

El principio reconocido por nuestro derecho de que uno puede morir testado en parte y en parte intestado, da motivo á dos clases de invalidacion de los testamentos: una general ó total, que comprende toda la última voluntad, otra parcial que se refiere á la institucion de heredero. El otorgamiento de un segundo testamento posterior perfecto invalida el primero, á no ser que el segundo se hubiese ordenado en la falsa creencia de que habia muerto el heredero antes instituido; pero entonces valdrán las mismas disposiciones de ambos testamentos (3). Dice una ley (4) que si el primer testamento contiene cláusula derogatoria de los que despues puedan otorgarse, necesita para reputarse revocado que se haga de él mencion en el segundo: pero nuestros mejores jurisconsultos opinan, sin embargo, qúe siendo el fundamento de la expresada ley la presuncion de la voluntad del testador, siempre que esta conste por conjeturas, deberá tenerse por revocado el testamento primero y por válido el segundo, aunque aquel no sea mencionado expresamente. El testamento escrito queda sin efecto cuando el testador de propósito lo rompe materialmente, ó borra las firmas ó quebranta el sello del escribano (5).

La capitis-diminucion no anula en España las últimas voluntades, porque, como se ha visto en otros lugares, la no existencia de la esclavitud en la metrópoli, y la distinta consideracion que damos á la diferencia entre nacionales y extranjeros, modifican grandemente, y hasta destruyen, las doctrinas que el derecho romano introdujo respecto á las capitis-diminuciones máxima y media. Por la

(1) Ley 1, tít. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Tit. I, Part. VI.
(3) Ley 21, tit. I, Part. VI.
(4) Ley 22 del mismo título y Partida.
(5) Ley 24 del mismo título y Partida.

capitis-diminucion mínima tampoco se anula el testamento hecho válidamente antes, porque segun el derecho español, el hijo de familia puede testar (1).

Pierden los testamentos su fuerza en cuanto á la institucion de heredero, quedando subsistentes todos los demás capítulos, si habiendo herederos forzosos son instituidos los extraños, ó si nace un póstumo despues de su otorgamiento, ó por último, si son rescindidos por la querella de testamento inoficioso de que se hablará en el título siguiente.

TITULUS XVIII.

De inofficioso testamento.

TITULO XVIII.

Del testamento inoficioso.

A los modos de perder su fuerza las últimas voluntades, de que se ha hablado en el título que antecede, debe en este añadirse uno nuevo, que es la rescision por efecto de la querella de testamento inoficioso. Verifícase esta rescision no en virtud misma de la ley, *ipsô jure*, segun decian los romanos, sino por efecto de una decision judicial. Antes de descender á las doctrinas que el título comprende, explicaré la frase *querella de testamento inoficioso.* A la palabra *agere* con que se designaba el acto de acudir á los tribunales para deducir los derechos reales y personales, en cuya virtud se reclamaba una cosa, ó se pedia el cumplimiento de una obligacion, sustituian los antiguos la de *conqueri*, cuando esta reclamacion se hacia entre parientes; como consecuencia etimológica se llamaba *querela* á la demanda judicial entre parientes, que tenia el nombre de *accion* entre los extraños. *Testamento inoficioso* es aquel en que se falta á los derechos de afeccion que deben guardar los que están íntimamente unidos con los vínculos de la sangre, así lo define Paulo (2): *quod non ex officiô pietatis videtur esse conscriptum.*

Al tratar de la desheredacion se ha visto la facultad lata y omnímoda que el jefe de la familia tenia primitivamente para prescindir de sus descendientes al hacer su testamento, y el modo lento y sucesivo con que fueron filtrando en el derecho principios mas humanos y sociales; pero allí solo se trató de las formas externas, por decirlo así, de la desheredacion; sin entrar en las causas que la hubieran promovido: y si bien se manifestaron las precauciones prudentes de las leyes

(1) Ley 4, tít. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.
(2) §. 1, tít. V, lib. VI de sus Sent.

para evitar errores é imponer á los ascendientes la justa obligacion de pensar en su descendencia en el solemne momento de testar, nada se dijo de lo que pudiera atenuar la desgraciada suerte de los hijos en el caso de que un odio anti-natural é infundado de los padres, el extravío de su razon ó la creencia equivocada de algunas faltas á su autoridad, le indujeran á pronunciar un fallo tan injurioso y trascendental á los que de él habian recibido la vida. Así es que este título, al tratar de la rescision de tales voluntades, puede ser considerado como una continuacion del de las deheredaciones Difícil es fijar la época en que empezaron los hijos á poder atacar como inoficioso el testamento de los padres. Ni las conjeturas de los que quieren hacer descender este derecho del edicto del pretor, ni las que lo suponen introducido por las constituciones imperiales, ni la de Cujas derivándolo de la ley Elicia, encuentran terreno firme en que apoyarse: mas probable me parece que la interpretacion fué la que dió existencia á la querella de testamento inoficioso, de que ya se hallan vestigios en los últimos años de la república. Fundándose los jurisconsultos en que los que padecian enagenacion mental no podian testar, y considerando que el padre que olvidaba los instintos de la naturaleza hasta el punto de privar de la herencia por mero capricho á sus descendientes, en cierto modo podia decirse que no estaba en su acuerdo, *quasi non sanæ mentis*, introdujeron este remedio que tenia por base la ficcion de la incapacidad de testar en el desheredante.

Quia *plerumquè* parentes *sine causâ* liberos suos vel *exhæredant*, vel *omittunt*, inductum est, ut de inofficiosô testamentô agere possint liberè, qui queruntur, aut inequè se exhæredatos, aut iniquè, preteritos (*a*), hoc colore, *quasi non sanæ mentis* fuerunt, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi verè furiosus sit, sed rectè quidèm fecit testamentum, non autem ex officiô pietatis: nam si verè furiosus est, nullum est testamentum (*b*).

Como hay ascendientes que desheredan ú omiten sin causa frecuentemente á sus descendientes, se ha introducido la querella de testamento inoficioso en favor de los hijos que se quejan de haber sido desheredados ú omitidos injustamente (*a*), en la que se supone que sus ascendientes no estaban en su cabal juicio cuando hicieron el testamento. Mas esta suposicion dimara, no de que realmente estuvieran locos, sino de que aunque hicieran testamento en su acuerdo faltaron á los deberes de piedad; si estuvieran realmente locos seria nulo el testamento (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Marcelo. (Ley 3, tít. II. lib. V del Dig.)
(*b*) Tomado de Marciano. (Ley 2, tít. II, lib. V del Dig.)

Comentario.

Plerumquè.—No quiere decir aquí Justiniano que la desheredacion era frecuente, sino que frecuentemente se hacia sin causa, como se expresa en la version; por esto notan con razon algunos intérpretes que la palabra *plerumquè* se refiere á las de *sine causâ*, no á la de *exhæredant.*

Sine causâ.—La desheredacion hecha en los términos referidos en su lugar, é interviniendo un motivo justo para ella, surte de lleno todos sus efectos. Cuando se formaron estas Insticiones, la ley aun no señalaba los motivos justos en virtud de los cuales podia desheredarse: era prudencial en el juez el apreciar su mayor ó menor importancia, y el padre no tenia necesidad de expresarlos. Justiniano corrigió en una novela (1) esta parte del derecho en los términos que paso á explicar. Los motivos por que pueden ser desheredados los descendientes, deben estar expresos en el testamento y ser alguno de los catorce que la ley designa, á saber: 1.° propasarse á vias de hecho con los ascendientes: 2.° hacerles graves injurias verbales: 3.° acusarlos criminalmente, á no ser por delito cometido contra el Estado ó contra el príncipe: 4.° asociarse con envenenadores ó participar en este delito: 5.° atentar de cualquier modo á la vida de sus ascendientes: 6.° tener comercio ilícito con la mujer ó la concubina de su ascendiente: 7.° causarle por una declaracion falsa una pérdida considerable en sus bienes: 8.° negarse á salir fiador por su ascendiente preso por deudas, cuando es requerido por este y tiene posibilidad de hacerlo: 9.° impedir testar ó modificar el testamento otorgado: 10.° seguir contra la voluntad paterna á una compañía de gladiadores ó de gentes que dan espectáculos, y tomar parte en sus ejercicios, á no ser que sus padres sean de la misma profesion: 11.° entregarse la hija ó nieta á una vida licenciosa, cuando sus padres ó abuelos ofrecen casarla y dotarla con arreglo á sus facultades; pero si la hija ya tiene veinticinco años y los padres dilatan su matrimonio, cesa este motivo de desheredacion: 12.° abandonar á su ascendiente cuando se halla en estado de demencia: 13.° no rescatarlo de cautiverio: 14.° si el hijo del padre ortodoxo se hace hereje, desechando la autoridad de los cuatro primeros Concilios ecuménicos (2).

Exhæredant.—Esta palabra se refiere al padre y al abuelo paterno: solamente por la desheredacion que estos hicieren pueden el hijo

(1) Novela 115.
(2) Capitulo 3 de la misma novela 115.

ó nieto entablar la querella de testamento inoficioso, pues en el caso de que en lugar de desheredar al descendiente únicamente dejaran de hacer mencion de él en el testamento, este seria nulo si el hijo ó nieto estaban en potestad, y si habian sido emacipados se les daria la *bonorum posesion contra tabulas.* Puede tambien la palabra *exhæredant* referirse á la madre y ascendientes maternos que expresamente desheredaban á sus descendientes.

Omittunt.—Por el contrario, la palabra *omittunt*, solo puede referirse al testamento de la madre y de los ascendientes maternos cuyo silencio se tenia por desheredacion.

Quasi non sanæ mentis.—La ficcion á que hubieran de recurrir los jurisconsultos, no dejaba de ser violenta, rebajando hasta cierto punto el principio de la autoridad paterna tan necesaria para el órden de las familias y para el bien de la sociedad. Por esta consideracion, como se verá despues, la querella de testamento inoficioso era reputada por los romanos como un último remedio concedido á los descendientes para no quedar privados de sus legítimas.

1 *Nom tantùm* autem *liberis* permissum est, parentum testamentum inofficiosum accusare: verùm etiam *parentibus liberorum. Soror autem et frater, turpibus personis* scriptis hæredibus, ex sacris constitutionibus *prælati sunt*: non ergo contra omnes hæredes agere possunt. Ultra fratres igitur et *sorores* cognati nullô modô aut agere possunt, aut agentes vincere.

No solamente tienen los descendientes facultad de acusar como inoficioso el testamento de sus ascendientes, sino tambien los ascendientes el de sus descendientes. Los hermanos y hermanas solo tienen este derecho con arreglo á las constituciones imperiales, si han sido instituidas herederas personas viles. Los cognados mas allá del grado de hermanos ó hermanas no pueden de ningun modo entablar la accion, ó entablándola salir vencedores en el litigio. 1

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (Ley 1, tít. II, lib. V del Dig.)

Comentario.

Non tantùm liberis.—Como los primeros llamados á la sucesion intestada son los descendientes, á ellos como á los que con preferencia se debe la legítima, se da el derecho preeminente de introducir la querella de testamento inoficioso.

Parentibus liberorum.—Aunque en el órden natural los hijos suceden á los padres y no estos á aquellos; cuando cambiados los destinos de la mortalidad, los descendientes arrebatados por una muerte prematura y sin dejar sucesion propia, preceden á sus ascendientes

en el pago de la deuda comun, la ley llama á estos á su luctuosa herencia. Por esto se reputa que el testamento del hijo, que deshereda sin causa ó que omite al padre, falta á las justas consideraciones de la piedad filial.

Menor es el número de las causas que justifican la desheredacion de los ascendientes, que las que he referido respecto á los descendientes: fúndase esto en que los padres tienen derecho para con sus hijos á algunas cosas que hechas por los hijos á sus padres degenerarian en un grave desacato. Estas causas son las ocho siguientes: 1.ª acusar los ascendientes á los descendientes de un delito, á que la ley impone la pena capital, á no ser contra el Estado ó contra el príncipe: 2.ª atentar de cualquier modo á la vida de su descendiente: 3.ª tener comercio ilícito con la mujer ó concubina de este: 4.ª impedirle testar de los bienes de que la ley permite disponer á los hijos por última voluntad: 5.ª atentar uno de los cónyuges ascendientes á la vida del otro de cualquier modo, ó extraviar su razon por medio de medicamentos: 6.ª abandonar á sus descendientes que se hallan en estado de demencia: 7.ª no procurar libertarlos del cautiverio en que gimen: 8.ª incurrir en herejía los padres de un hijo ortodoxo (1).

Soror autem et frater.—En el antiguo rigor del derecho civil solo podia entenderse esto de los hermanos y hermanas unidos por el vínculo de la agnacion (2). Justiniano, primero lo hizo extensivo á todos los hermanos consanguíneos, esto es, hijos de un mismo padre, estuvieran ó no subsistentes los lazos del parentesco civil (3); mas igualados en la sucesion intestada los hermanos consanguíneos y uterinos por una novela (4), es claro que á todos debe corresponder la querella de testamento inoficioso; pues que todos han de concurrir á la sucesion si sale vencedor el que demanda.

Turpibus personis.—A la palabra *turpis* sustituye el Emperador Constantino (5) las de *si scripti hæredes infamiæ vel turpitudinis vel levis notæ maculâ adspergantur*. Creo necesario detenerme en la fijacion de esta doctrina. La estimacion pública tan apetecible entre los romanos por la consideracion que daba, tenia su fundamento en las leyes y en las costumbres, que solo reputaban capaces de esta buena opinion á los que gozaban de la ciudadanía; pero aun entre los que tenian este carácter habia algunos privados de ella ó total ó parcial-

(1) Capítulo 4 de la novela 115.
(2) Leyes 1 y 2, tit. XIX, lib. II del Cód. Teod.
(3) Ley 27, tit. XXVIII, lib. III del Cód. Just.
(4) La 118.
(5) Ley 27, tit. XXVIII, lib. III del Cód.

mente. Tres son, como se ha podido observar los grados que marca el Emperador Constantino en el lugar que se ha citado; estos son: la infamia, la torpeza, *turpitudo*, y la nota leve, *levis nota*. La infamia ó era el resultado de una sentencia, ó del ejercicio de una profesion mirada como infame, ó de un acto vergonzoso segun declaracion de las leyes, ó del edicto del pretor: los que estaban manchados con ella tenian muchas incapacidades, y así es que hay un título entero en el Digesto con objeto exclusivo de enumerarlas (1). Semejante á la infamia en la consideracion y en los efectos legales era la torpeza, si bien no dimanaba directamente de la ley, sino de las costumbres que imponian una nota degradante al ejercicio de ciertas profesiones ó á algunos vicios vergonzosos (2.) Por último, la *levis nota* recaia en algunas personas, no por la profesion que ellas ejercieran, sino por la de sus ascendientes ó patronos (3): á estas tambien alcanzaban ciertas incapacidades; así las libertas y las hijas de los histriones estuvieron inhabilitadas para contraer matrimonio con los senadores y con sus hijos, prohibicion, que como queda dicho en otro lugar, fué suprimida por Justiniano.

Prælati sunt.—El derecho que tienen los hermanos y las hermanas para entablar la querella de testamento inoficioso es mucho mas limitado que el de los descendientes y ascendientes, á quienes, como se ha dicho, corresponde siempre que no hay causa para su desheredacion por digna que sea la persona instituida. Debemos añadir que para que los hermanos fueran preferidos á la persona vil, era necesario que no fueran desheredados por justa causa. Una novela (4) pone como justas causas la de armar asechanzas un hermano á la vida del otro, la de acusarle de algun delito y la de causarle una gran pérdida en sus bienes.

2 Tàm autem *naturales liberi*, quàm *secundum nostræ constitutionis divisionem* adoptati, ità demùm de inofficiosô testamentô agere possunt, *si nullô aliô jure* ad bona defuncti *venire possunt*. Nam qui aliô jure veniunt ad totam hæreditatem, *vel partem ejus*, de inofficiosô agere non possunt (*a*). *Posthumi* quoquè,

Los hijos, tanto naturales como adoptivos, segun la division hecha por nuestra constitucion, solo pueden intentar la querella de testamento inoficioso á falta de todo otro medio legítimo de obtener la herencia del difunto. Por lo tanto, si consiguen ó toda la herencia ó parte de ella por otro medio, no tienen dere- 2

(1) Tit. II, lib. III.
(2) Ley 3, tit. V, lib. XXII; ley 2, tit. XV, lib. XXXVII del Dig; y ley 2, tit. I, lib. XII del Cód.
(3) Tit. XIII, y §. 2, tit. XVI de las Reglas de Ulpiano.
(4) Capitulo 47 de la novela 22.

qui nullô aliô jure venire possunt, de inofficiosô agere possunt (*b*).

cho de entablarla (*a*). Pero es lícito á los póstumos entablar la querella de testamento inoficioso cuando no pueden obtener su derecho por otro camino (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (§. 5, tít. V, lib. IV de sus Sentencias.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial de la ley 6, tít. II, lib. V del Dig.)

Comentario.

Naturales liberi.—La palabra *naturales* está usada en el texto contraponiéndola á la de *adoptivos.*

Secundum nostræ constitutionis divisionem.—Esta constitucion es la ley 10 del tít. XLVIII, lib. VIII del Código, de que he hablado en otro lugar (1). En ella se establece, segun queda expuesto, una distincion importante entre los arrogados y adoptados por los ascendientes, y los que lo son por una persona extraña. No correspondiendo á estos últimos mas derecho que el de la sucesion intestada, y por otra parte pudiendo el padre adoptante testar sin ninguna limitacion, es claro que no tienen espedita la querella de testamento inoficioso por haber sido desheredados ú omitidos.

Si nullò aliô jure venire possunt.—La querella de testamento inoficioso que se funda en una ficcion, es, como hé dicho antes, un último remedio, un recurso extraordinario ó subsidiario: así es que solo compete á aquellos á quienes no queda otro medio civil ó pretorio para conservar la legítima que les corresponde. No puede por lo tanto entablarla el que tiene el derecho de pedir que el testamento se declare nulo, roto ó inútil, ni el hijo emancipado que ha sido preterido, al que daba el pretor la *bonorum posesion contra tabulas*, ni el arrogado desheredado por el arrogador, pues que la constitucion del Emperador Pio, de que se ha hablado en otro lugar, le daba derecho á la cuarta parte de la herencia.

Vel partem ejus.—En el párrafo siguiente se amplían estas palabras.

Posthumi qui nullô aliô jure venire possunt.—El póstumo, segun se ha dicho, rompia á su nacimiento el testamento del padre, en que no habia sido instituido ó desheredado: en este caso, pues, teniendo un remedio ordinario, no le competia la querella de testamento inoficioso para dejar sin efecto la última voluntad de su ascendiente. Mas habiendo sido desheredado ó omitido en el testamento de la

(1) Comentario al § 2, tít. XI, lib. I de estas Inst.

madre, ó de los ascendientes maternos, solo por medio de la querella podia conseguir la legítima que se le debia. Al hablar de la desheredacion del póstumo debe observarse que por derecho novísimo no es posible, porque no hay términos hábiles para suponer que el que no ha nacido, haya cometido algunas de las graves faltas que autorizan la desheredacion.

3 Sed hæc ità accipienda sunt, si *nihil* eis *penitùs* à testatoribus *testamentô relictum* est. Quod nostra constitutio (*a*) *ad verecundiam naturæ* introduxit. Sin verò quantacumque pars hæreditatis, vel res eis fuerit relicta, inofficiosi querelâ quiescente, id, quod eis deest, usque *ad quartam legitimæ partis repletur, licèt non fuerit adjectum,* boni viri arbitratu debere eam repleri.

Todo esto tiene lugar en el caso de que el testador no les hubiese dejado nada absolutamente en el testamento, lo que ha introducido nuestra constitucion (*a*) por respeto á la naturaleza. Si se les dejase, pues, una parte cualquiera de la herencia, ó algun objeto de ella, no habrá lugar á la querella de testamento inoficioso, sino solo tendrán derecho á hacer completar lo que falte hasta la cuarta parte de la porcion legítima de la herencia á arbitrio de buen varon, aunque no lo hubiere prevenido el testador. 3

ORIGENES.

Esta constitucion es la ley 30, tít. XXVIII, lib. III del Cód.

Comentario.

Nihil penitùs testamentô relictum.—No era tanto la desheredacion ó la preterición la que daba antiguamente lugar á la querella, como la privacion de la cuarta parte de la herencia que constituia la legítima. Justiniano, que siguió esta misma doctrina y la sancionó expresamente en una constitucion (1), la varió despues, como tendré ocasion de exponer en este mismo comentario.

Ad verecundiam naturæ.—Al entablar la querella de testamento inoficioso se presentan los demandantes echando por tierra la buena fama de los testadores, con los que tan íntimamente se hallaban enlazados. No suponen precisamente que estaban fuera de juicio cuando otorgaron su última volutad, sino por el contrario, que teniendo su razon cabal obraron del mismo modo que si la hubieran perdido, *quasi non sanæ mentis.* Así, se supone en perjuicio de su memoria, que en el lleno de sus facultades mentales faltaron á lo que les prescribian los sentimientos de la naturaleza.

(1) Ley 30, tít. XXVIII, lib. III del Cód.

Ad quartam legitimæ partis.—*Porcion legítima* es el nombre que Justiniano da en dos constituciones (1) á la parte debida por derecho á los descendientes, á los ascendientes en su defecto, y, á falta de unos y otros, á los hermanos. Los comentadores han hecho unívoca su denominacion, llamándola simplemente *legítima*: al publicarse las Instituciones era, como antiguamente, la cuarta parte de la herencia. No es fácil fijar la época precisa en que fué introducida; jurisconsultos ilustres han caido en errores mas fáciles de descubrir que de reemplazar por verdades que puedan ser sostenidas con éxito. Seguiré la opinion que mas verosímil me parece, sin entrar en profundas investigaciones históricas, que me alejarian de mi objeto. Establecido el principio de que el hijo, el padre ó el hermano, que en defecto de testamentos eran llamados á la sucesion legítima, no podian atacar como inoficioso el testamento en que se les dejaba alguna cosa, se hacia necesario que una regla fija señalara cuál era la cantidad proporcional de la herencia que debian percibir, evitándose que hiciera ilusorio el principio que exigia motivos fundados para privarlos de la sucesion. Parece probable que en su orígen la autoridad judicial de los centumviros, que eran los que entendian de la querella, del mismo modo que de las demás acciones que tenian por objeto la peticion de la herencia, en el silencio de la ley ejercerian el prudente arbitrio que satisfaciera todos los intereses. Mas al publicarse en los últimos años de la república la ley Falcidia, de que se tratará en uno de los títulos siguientes, á este libre arbitrio, que no podia menos de producir la incertidumbre, sucedió una regla fija. Bien fuera por expresarse en algunos de los capítulos de la ley Falcidia, lo que no consta, ó bien por interpretacion de ella, lo cierto es que se puede decir que desde esta época se fijó la porcion legítima en la cuarta parte de la herencia intestada. Esta conjetura se funda, ya en la autoridad de las leyes que alguna vez dan el nombre de *Falcidia* á la porcion legítima (2), ya en el espíritu de la disposicion de la ley Falcidia que se conserva, en virtud de la que no podia gravarse al heredero con mas mandas ó fideicomisos que los que cupieran en las tres cuartas partes de la herencia. Justiniano varió en una novela (3) la cuota de la legítima, aumentándola á la mitad de la herencia en lugar de la cuarta parte cuando los herederos á quienes se les debia, eran mas de cuatro, y á la tercera parte en otro caso, incremento extensivo no solo á la legítima de los descendientes, sino á la de los ascendientes y hermanos, á quienes se otorgaba la querella de testamento inoficioso. Concluiré diciendo que

---

(1) §. inicial de la ley 30, y ley 31, tít. XXVIII, lib. III del Cód.
(2) Ley 28, tít. VII, lib. XVI del Cód. Teod.; y §. 3 de la ley 5, tít. VIII, lib. XI del Cod. Just.
(3) Capítulo 1 de la nov. 18.

la legitima recibe tambien en las leyes los nombres de *debita portio* (1), *debitum naturale* (2), y *debitum bonorum subsidium* (3).

Repletur.—En lugar, pues, de la querella de testamento inoficioso, habia en este caso una accion para conseguir lo que faltaba á la porcion legítima; esta es la que los intérpretes llaman accion *ad supplementum*, diferente de la querella por su duracion, por su trasmision y por su renuncia. Por su duracion, porque la accion *ad supplementum* subsiste hasta treinta años, término ordinario de las acciones personales, como en su lugar expondré; y la querella se extingue por el silencio de cinco años contados desde la adicion de la herencia (4): por su trasmision, por cuanto la accion *ad supplementum* pasa á los herederos, aunque no esté preparada, lo que no se verifica con la querella, que como accion de injurias no se trasmite sino preparada por regla general (5), finalmente, por su renuncia, porque se entiende que el que recibe algo de lo que se le ha dejado en el testamento, renuncia tácitamente á la querella, como pronto expondré, y no se reputa, por el contrario, que renuncia á la accion *ad supplementum* mas que el que expresamente así lo manifiesta en escritura (6).

Licèt non fuerit adjectum.—Esta adicion se introdujo por Justiniano; porque antes era necesario que el testador mismo ó diese la cuarta parte ó encargara que se completase para que no tuviera lugar la querella de testamento inoficioso (7).

4 Si tutor *nomine pupilli*, cujus
tutellam gerebat, ex testamentô pa-
tris sui legatum acceperit, cum ni-
hil erat ipsi tutori relictum à patre
suô, nihilominus possit nomine suô
de inofficiosô patris testamentô age-
5 re (*a*). Sed et, si è contrariô pupilli
nomine, cui nihil relictum fuerit,
de inofficiosô egerit, et superatus
est, ipse, quod sibi in eôdem tes-
tamentô legatum relictum est, *non*
amittit (*b*).

Si un tutor recibiese una manda 4
del testamento de su propio padre
en nombre del pupilo cuya tutela
administra, y á este mismo tutor
no se le hubiese dejado cosa alguna,
no tendrá obstáculo para que en
su propio nombre pueda entablar la
querella de testamento inoficioso (*a*).
Por el contrario, el tutor que in- 5
tenta la querella en nombre del pu-
pilo, á quien nada se le habia dejado
y sucumbe, no pierde el legado
que se le dejó en el mismo tes-
tamento (*b*).

---

(1) §. 11 de la ley 8, tit. II, lib. V del Dig.
(2) §. 2 de la ley 36, tit. XVIII, lib. III del Cód.
(3) Ley 5, tit. XXIX, lib. III del Cód.
(4) Ley 16, tit. XXVIII, lib. III del Cód.
(5) §. inicial de la ley 8, tit. II, lib. V del Dig.
(6) §. 2 ley 35, tit. XXVIII, lib. III del Cód.
(7) Ley 32, tit. II, lib. V del Dig.; y ley 4, tit XIX, lib. II del Cód. Teod

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Marcelo. (§. 1, ley 10, tit. II, lib. V del Dig.)
(*b*) Conforme con Marciano. (Ley 30, tit. II, lib. V del Dig.)

Comentario.

Nomine pupilli.—La aceptacion de una manda por el tutor en nombre del pupilo no es un reconocimiento expreso, ni tácito, ni presunto de la legitimidad de la voluntad del testador. En este caso no obra voluntariamente el tutor, sino en virtud del deber que le impone el cargo que le está confiado; quédale por lo tanto intacto el derecho que tenia para atacar el testamento como inoficioso por el perjuicio que le causa, *nomine suô.* Pero si en lugar de obrar así á nombre ajeno en virtud del cumplimiento de los deberes que le imponen las leyes, lo hiciere espontáneamente, como, por ejemplo, interviniendo en concepto de procurador ó abogado para sostener ó consentir alguna de las disposiciones del testamento, se entiende que tácitamente renuncia el derecho que tenia de entablar la querella de testamento inoficioso.

Non amittit.—Este caso, que es inverso al anterior, se funda en los mismos principios.

6 Igitur *quartam* quis debet habere, ut de inofficiosô testamentô agere non possit, sive jure hæreditariô, *sive jure legati, vel fideicommissi; vel si mortis causâ* (*a*) ei quarta donata fuerit, *vel inter vivos, in his tantummodò casibus*, quorum *nostra constitutio* mentionem facit (*b*), vel *aliis modis, qui constitu-*
7 *tionibus continentur* (*c*). Quod autem de quartâ diximus, ità intelligendum est, ut, sive unus fuerit, sive plures quibus agere de inofficiosô testamentô permititur, una quarta eis dari possit, ut pro ratâ distribuatur eis, id est, pro virili portione quarta (*d*.)

Para que cese la facultad de entablar la querella de testamento inoficioso, es menester obtener la cuarta parte, sea por derecho hereditario, ó como legado, ó como fideicomiso, ó como donacion por causa de muerte (*a*), ó como donacion entre vivos, en los casos mencionados por nuestra constitucion (*b*), ó de otros modos que las constituciones imperiales establecen (*c*). Lo que hemos dicho de la 7
cuarta parte debe entenderse tanto en el caso de que sea uno, como en el de que sean muchos los que tengan derecho de atacar el testamento como inoficioso, bastando darles una cuarta parte para que se distribuya á prorata entre ellos, esto es, á cada uno la cuarta parte de su porcion viril (*d*).

ORIGENES.

(a) Conforme con Paulo (§. 6, tít. V, lib. IV de sus Sentencias.)
(b) Esta constitucion es la ley 35 del tít. XXVIII, lib. III del Cód.
(c) Estas constituciones son: una del Emperador Zenon, que es la ley 29, título XXVIII, lib. III; y dos de Justiniano, que son: la ley 30, tít. XXVIII, lib. III, y la 20, tít. XX, lib. VI del Cód.
(d) Conforme con Ulpiano. (§ 8, ley 8, tít. II, lib. V del Dig.)

Comentario.

Quartam. — Entiéndase en lugar de la cuarta parte la porcion legítima, en los términos señalados en la constitucion novísima de Justiniano, que se ha expuesto al comentar el párrafo tercero de este título. Esta fijacion de la legítima divide la herencia en dos partes: una que solo puede ser dada á personas determinadas por la ley, y otra absolutamentn libre y dependiente de la voluntad del testador. Lo que el testador deja á los extraños debe necesariamente tomarse de esta segunda parte; mas lo que da á los que tienen derecho á la legítima puede tomarse de la una parte ó de la otra. Interesante es saber á cuál de las dos partes debe en este último caso hacerse la imputacion, porque al paso que si se hace á la libre resulta á los herederos á quienes corresponde la legítima, un beneficio mas, en el otro hay solo una simple anticipacion ó deduccion de la legítima.

Lugar es este de exponer el modo de calcular la porcion legítima, esto es, qué bienes son los que forman el todo de que debe quedar la mitad, ó la tercera parte como legítima de los hijos, de los padres, ó de los hermanos en su caso. Solo se reputa como patrimonio del difunto lo que queda al tiempo de su muerte (1), deducidos los gastos de funeral, las deudas hereditarias y las manumisiones (2). Dícese las deudas *hereditarias*, porque se entiende que las testamentarías, tales como las mandas, y los fideicomisos, y las asimiladas á ellas, como las donaciones por causa de muerte, son parte integrante del patrimonio (3).

Sive jure legati, vel fideicommissi, vel si mortis causâ. — Al comentar el párrafo segundo del presente título, dejé indicada la variacion introducida por Justiniano: cumple ahora á mi propósito decir algo mas acerca de ella. La desheredacion es una mancha que no se borra, aunque se resarza á la persona que la sufre de los perjuicios pecuniarios que puede ocasionarle el fallo del testador: como tiene que fun-

(1) Ley 6, tít. XXVIII, lib. III del Cód.
(2) §. 9 de la ley 8, tít. II, lib. V del Dig.
(3) Ley 2, tít. LVII, lib. VIII del Cód.

darse en una causa grave, y como la clasificacion de estas que Justiniano adoptó por derecho novísimo, revelan un crimen ó al menos una falta trascendental y vergonzosa en el desheredado, justo es que no se le cierre el camino para poder demostrar la iniquidad de una calumnia que le oprime. Así es que no basta para impedir la querella dejar una manda ó un fideicomiso al que se deshereda; es menester que lo que obtenga él del testador sea con el título de heredero (1). Cuando se le deja este título, si no tiene íntegra la legítima, puede completarla valiéndose de la accion *ad supplementum*, segun queda ya expuesto.

Vel inter vivos.—Las donaciones entre vivos, como que ya han salido al tiempo de la muerte del patrimonio del donante, no deben entrar por regla general en la regulacion de la legítima: esto no tiene excepcion alguna cuando han sido en beneficio de un extraño; pero no sucede siempre lo mismo cuando fueron hechas á favor de una de las personas á que corresponden las legítimas, como paso á exponer.

In his tantummodò casibus.—Estas palabras hacen solamente relacion á las de *donata fuerit inter vivos*, que inmediatamente las preceden, porque si bien para la legítima se computan los legados, los fideicomisos y las donaciones por causa de muerte, no así las entre vivos, á excepcion de los casos á que aquí se refiere el Emperador.

Nostra constitutio.—Con arreglo á la constitucion (2) de que aquí se habla, la imputacion de las donaciones entre vivos tendrá lugar solamente cuando el donatario transija con el heredero testamentario, ratificando expresamente la voluntad del finado. Sin esta circunstancia no se podrán oponer al donatario ni las condiciones de la donacion entre vivos aceptadas por él, ni las renuncias que haya hecho de reclamar contra el testamento: el fundamento de esto es la presuncion que hay de que semejantes condiciones han sido consentidas durante la vida del testador, por temor de disgustarlo, y en obviacion de mayores males, en esto, como el mismo Justiniano dice, siguió la opinion de Papiniano desechando la de Ulpiano.

Aliis modis, qui constitutionibus continentur.—Estos casos son: cuando el testador anticipaba parte de la legítima, ó para la adquisicion de un cargo militar (3), ó como dote ó como donacion *propter nuptias* (4).

Antes de concluir este título expondré algunas otras doctrinas que

---

(1) Capítulos 3 y 4 de la nov. 115.
(2) §§ 1 y 2 de la ley 35, tít. XXVIII, lib. III del Cód.
(3) §. 2 de la ley 30, tít. XXVIII, lib. del III Cód.
(4) Ley 29, tít. XXVIII, lib. III del Cód.

creo necesarias para completar las que incluye, y que no he tenido ocasion de explicar al comentar los párrafos que anteceden.

La querella del testamento inoficioso, que como queda dicho, compete á todos aquellos á que se debe la porcion legítima, ha de entablarse contra el heredero (1) ó contra el que ocupe su lugar (2), y á estos corresponde probar la verdad de la causa de desheredacion, cuanndo la niega el desheredado (3), lo que sin duda se funda en que á nadie se reputa como culpado hasta que se prueba que lo és.

Otra variacion importante introdujo Justiniano por derecho novísimo, además de las expuestas en este título. Por el derecho civil, observado aun despues de la publicacion de sus compilaciones legales, rescindido el testamento en virtud de la querella, perdia toda su fuerza la última voluntad: una novela (4) corrigió este rigor, estableciendo que si bien quedara anulado el testamento por lo que hacia relacion á la institucion de heredero, permanecieran subsistentes la mandas, los fideicomisos, las manumisiones, y los nombramientos de tutores.

Fáltame solo mencionar algunos casos en que no hay lugar á la querella además del que dejo expuesto, por la consideracion que tiene de remedio extraordinario ó subsidiario. Estos son: renunciando entablarla, ó bien expresamente por reconocer de un modo directo el testamento, ó por la transaccion que haga el desderedado con el heredero (5); ó bien tácitamente, por haber reconocido por medio de hechos la validez del testamento, como recibiendo en su nombre una manda ó fideicomiso, ó reclamando el cumplimiento de alguna de sus disposiciones (6), segun se infiere de la doctrina establecida en dos de los párrafos que anteceden (7): dejando pasar el término de cinco años (8) sin entablarla, término que debe correr desde la adicion de la herencia segun una constitucion de Justiniano (9), en que resuelve la diferencia de opiniones entre los antiguos jurisconsultos; y por último, falleciendo el agraviado antes de entablar la querella, pues que esta accion, como de injurias, no era trasmisible, á no ser que estuviese preparada, es decir, que ya se hubiera manifestado la intencion y empezado á intentarla, ó que muriese el que tiene derecho de que-

(1) §. 2 de la ley 15, tit. II, lib. V del Dig.
(2) Leyes 1 y 10, tit. XXXVI, lib. III del Cód.
(3) §. 14 del cap. 3 de la nov. 115.
(4) §. 14 citado.
(5) Ley 27, tit. II, lib. V del Dig.
(6) §§. 2 3 y 4, de la ley 31, tit. II, lib. V del Dig.
(7) §§. 4 y 5.
(8) Ley 16, tit. XXVIII, lib. III del Cód.
(9) §. 2 de la ley 36, tit. XXVIII, lib. III del Cód.

rellarse mientras el heredero está en el término que se le concede para deliberar (1).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

En general nuestras leyes de Partidas (2) están conformes con las romanas en las doctrinas del presente título: exigen justas causas para la desheredacion, y señalan como tales las que, segun se ha visto, adoptó Justiniano en sus novelas. Antes de la publicacion del Código penal debia añadirse á dichas causas otra en que incurrian los hijos que, no habiendo llegado respectivamente á las edades que la ley señala para estar exentos de obtener el consentimiento paterno cuando se casan, omitian tan interesante requisito, á no ser que fuese suplido en los términos establecidos al efecto (3); disposicion que me parece inaplicable hoy, puesto que la antigua sancion penal está reemplazada por otra mas eficaz y no expuesta á iguales inconvenientes (4).

Siendo llamados por nuestras leyes á la sucesion, y teniendo derecho á la legítima, no solo los descendientes constituidos en potestad, sino tambien los emancipados, sin diferencia entre los que proceden por línea de varon ó por línea de hembra, con tal que entre ellos y el ascendiente no haya persona intermedia viva, á todos se da la facultad de entablar la querella de testamento inoficioso: por el contrario, siempre que sean omitidos en el testamento, como este es nulo, no habrá lugar al remedio extraordinario (5) á que todo el presente título se refiere.

De la porcion legítima y de las donaciones que, como parte de ella son imputables á los hijos, hablaré en el título siguiente.

TITULUS XIX.

De hæredum qualitate et differentia.

TITULO XIX.

De la cualidad y diferencia de herederos.

Mucha parte de las doctrinas que este título comprende no pertenece exclusivamente á la sucesion testada, sino tambien á la legítima:

(1) §. 2 de la ley 6, tít. II, lib. V del Dig., y ley 5, tít. XXVIII, lib. III del Cód.
(2) Tít. VIII, Part. VI.
(3) Ley 9, tít. XI, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Art. 589 del Código penal.
(5) Ley 1, tít. VIII, Part. VI.

en él trata Justiniano de las diferentes clases de herederos, como indica el epígrafe, y además de la adquisicion de la herencia y de su omision.

Hæredes autem aut necesarii dicuntur, aut *sui* et necessarii, aut extranei.	Los herederos son ó necesarios, ó suyos y necesarios, ó extraños.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 182. Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Sui.—No me propongo explicar aquí esta palabra, que el texto segundo de este título desenvuelve oportunamente, sino solo fijarla y justificar la version que le doy. Debo advertir préviamente, que la palabra *suus* antepuesta á la de *hæres*, tiene un sentido jurídico muy diferente del que el rigor de las reglas gramaticales parecen señalarle. Segun estas, el pronombre posesivo *suyo*, *suus* se refiere á la persona que precede: de este mismo modo encuéntrase usada frecuentemente en el derecho; así, por ejemplo, se lee en una ley (1): *mulierem, quæ nec suos filios habet in potestate, arrogare non posse, certum est*, en cuyo lugar el pronombre *suus* se refiere á la mujer que es la persona que precede. Mas cuando se encuetran en el derecho romano concertadas las palabras *hæres* y *suus*, no siempre tienen la significacion natural que acabo de exponer, sino que muy frecuentemente en lugar de referirse el *suus* á la persona que precede, afecta únicamente á aquella con quien concierta. Así se debe observar que la colocacion que los romanos dan á este pronombre, cambia del todo el sentido en que se toma; pues si le colocan antes del sustantivo *hæres*, está puesto en su acepcion jurídica, y por el contrario, en la gramatical si le sigue. Así en la ley que dice: *si stipulator decesserit, qui stipulatus erat, sibi hæredique suo ire, agere licere* (2), la palabra *suo* que está puesta despues de la de *hæredi*, no se refiere á esta, sino á la de *stipulator*, que es la persona que precede, con arreglo al uso general del idioma. Por el contrario lo palabra *suus* cuando está colocada antes de la de *hæres* se refiere á ella, y no á otra persona de la oracion, de lo que nos presenta tres ejemplos el párrafo segundo de este mismo título. En el último caso comprende á los descendientes que estaban en poder del testador, y al tiempo de su muerte ocupaban el primer lugar en la familia. Tal es el sentido que se le da en este título. En la necesidad de representar con frases castellanas las latinas de *suus hæres* y

(1) Ley 5, tít. XLVII, lib. XLVI del Dig.
(2) §. 6 de la ley 2, tít. I, lib. XLV del Dig.

de *hæres suus*, he creido que debia arreglarme á la nomenclatura introducida en nuestras escuelas (1). Nosotros, por el contrario, anteponemos el pronombre cuando los latinos lo posponen, y lo posponemos cuando ellos lo anteponen. Así, traducimos el ejemplo anterior de la estipulacion: *si murió el estipulante, que habia estipulado para sí y para su heredero que se les permitieran las servidumbres de senda y acto* y por el contrario trasladamos las palabras *sui et necessarii hæredes sunt*, con que empieza el párrafo segundo de este título, por estas otras castellanas: *son herederos suyos y necesarios.*

1 Necessarius hæres est servus hæres *institutus*, ideò sic appellatus, quia, *sive velit*, *sive nolit*, omnimodò post mortem testatoris *protinùs* liber et necessarius hæres fit (*a*). Unde, qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primô, aut secundô, vel etiam ulteriore gradu hæredem instituere, ut, si creditoribus satis non fiat, *potiùs ejus hæredis* bona, quàm ipsius testatoris à creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hôc tamen incommodô illud ei *commodum præstatur*, ut ea, quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi reserventur: et, quamvis non sufficerint bona defuncti creditoribus, iterùm ex eâ causâ res ejus, quas sibi acquisierit, non veneunt (*b*).

El esclavo instituido heredero es el heredero necesario: se llama así, porque con su voluntad ó contra su voluntad, inmediatamente despues de la muerte del testador, es forzosamente libre y heredero (*a*). De aquí dimana que los que tienen sospechas de ser insolventes, suelen instituir á un esclavo por heredero en primer, en segundo ó en ulterior grado, á fin de que, si no quedan satisfechos sus acreedores, la posesion, ó la venta, ó la distribucion de los bienes entre ellos tenga lugar en nombre de este heredero y no en el del testador. En recompensa de esta desventaja, obtiene el heredero el beneficio de reservar todo lo que adquiera despues de la muerte de su patrono, y el de que, no se venda lo que él ha adquirido por otras causas aunque no basten los bienes del difunto para satisfacer á los acreedores (*b*). 1

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§ 153, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§§. 154 y 155, Com. II de sus Inst.)

---

(1) No sé si será en este punto uniforme en todas las Universidades la version que admito: yo me refiero á la que sin contradiccion prevalecia en la facultad de derecho civil de Alcalá de Henares, á que tuve la honra de pertenecer por algunos años, y á la que he oido usar á profesores procedentes de otros establecimientos literarios de España. Dos autoridades respetables, sin embargo, la de D. José Marcos Gutierrez en su Compendio de las Varias resoluciones de Antonio Gomez, y D. Gregorio Mayans en sus Cartas eruditas á D. José Nebot y Sans llaman «suyo heredero» al que yo denomino «heredero suyo.»

Comentario.

Institutus.—Entiéndase en el caso de que fuera instituido heredero por su señor, y al tiempo de la muerte de este permaneciera en el mismo estado, en cuyo caso adquiriria la libertad y la herencia, como ya se ha dicho antes de ahora (1). Nada importa que en el tiempo que mediare entre la ordenacion del testamento y la muerte del testador, haya sido libre (2), con tal que fuera esclavo en aquellas dos épocas. Mas si el testador despues de haberlo instituido, le diese la libertad en vida, será heredero si quiere, y si lo hubiere enajenado, dependerá del nuevo señor que acepte y que adquiera la herencia para aquel en cuyo dominio se halle. Si el esclavo instituido era ajeno, no seria heredero necesario, porque dependeria tambien de la voluntad de su señor que adiese ó repudiase la herencia.

Sive velit, sive nolit.—Consecuencia de esto es que el esclavo no dejará de ser heredero, aunque no tenga el discernimiento necesario para conocer la extension de los deberes que le impone aquel carácter; v. gr. por estar en la infancia ó ser demente.

Protinùs.—El texto se refiere al caso en que se haya dejado al esclavo simplemente la herencia; pues entonces en el momento de la muerte del testador, sin necesidad de ningun acto de adicion y solo por efecto de la ley, *ipsô jure*, es libre y heredero. Pero si la libertad ó la herencia, ó ambas se le hubieran dejado condicionalmente, solo las adquirirá y será heredero necesario cumpliéndose la condicion (3).

Potiùs ejus hæredis.—Ya en otros lugares se ha manifestado que el objeto de esta disposicion fué principalmente evitar la mancha que recaia sobre la memoria de los deudores insolventes.

Commodum præstatur.—Tambien antes (4) queda dicho que el esclavo reportaba en este caso los beneficios de la libertad, de la ciudadanía y de poder adquirir en lo sucesivo. Esta última facultad seria ineficaz, al menos en gran parte, si hubiera de pagar todo lo que debia el testador insolvente: fué, pues, igualado por lo que respecta á sus adquisiciones futuras, con los herederos libres, concediéndosele el beneficio de separacion introducido por el pretor para mitigar el rigor austero del derecho primitivo, que hacia un solo todo

(1) §. 2, tit. VI del libro I; §. inicial, tit. XIV, lib. II de estas Inst.
(2) Ley 30, tit. V, lib. XXVIII; y ley 46, tit. IV, lib. XL del Dig.
(3) §. 1 de la ley 3; §. 1 de la ley 21; y ley 28, tit. V, lib. XXVIII del Dig.
(4) §. 1, tit. VI, lib. I.

de los bienes del finado y de su sucesor universal. Esta separacion de bienes, que debia obtenerse del pretor ó del presidente (1), solo tenia lugar cuando no habia tocado los bienes de la herencia (2). Por este medio conservaba el esclavo manumitido por la institucion sus adquisiciones personales, y concurria con los demás acreedores del difunto á reclamar y á obtener lo que se le debia en virtud de créditos posteriores al fallecimiento de su señor (3). Mas aun en el caso de que no hubiera obtenido la separacion, si despues de vendidos por los acreedores los bienes del finado, llegara á adquirir otros nuevos, estos no estarian afectos al pago de las deudas del difunto; porque si sus primeros bienes pudieron ser vendidos, fué porque estaban confundidos con los del testador, lo que no era aplicable á las adquisiciones ulteriores; pero si estas adquisiciones provinieran de causas que existiesen ya en la herencia, sin duda estarian sujetas al pago de los acreedores (4).

2 *Sui* autem *et necessarii hæredes* sunt, veluti *filius filiave*, nepos neptisve ex filiô, et deincèps ceteri liberi, qui modo *in potestate morientis fuerint*. Sed ut nepos neptisve sui hæredes sint, non sufficit, eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater ejus vivô patre suô desierit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut *quâlibet aliâ ratione* liberatus potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris suí succedit. Sed sui quidèm hæredes ideò appellantur, quia domestici hæredes sunt, et vivô quoquè patre *quodammodò domini* existimantur. Undè etiam, si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii verò ideò dicuntur, quia omnimodò, *sive velint, sive nolint*, tàm ab intestatô, quàm ex testamentô hæredes fiunt. Sed his *prætor permittit* volentibus abstinere se ab hæreditate, ut po-

Los herederos suyos y necesarios son, por ejemplo, el hijo ó la hija, el nieto ó la nieta hijos de hijo, y los otros descendientes que están en poder del que muere: pero para que el nieto y nieta sean herederos suyos, no basta que estén en potestad del abuelo al tiempo de la muerte, sino que es necesario que su padre, en vida del abuelo, haya dejado de ser heredero suyo, ó bien porque haya muerto, ó bien porque se haya librado por cualquier otra causa de la potestad paterna; entonces el nieto ó nieta suceden en el lugar de su padre. Estos herederos se llaman suyos, porque son herederos domésticos, y se consideran, aun viviendo el padre, en cierta manera como condueños. De aqui dimana que en caso de morir uno intestado, los primeros llamados á su sucesion son los descendientes, Llámanse necesarios, porque de todos modos, quieran ó no quieran, se 2

(1) §§. inicial y 14 de la ley 1, tít. VI, lib. XLII del Dig.
(2) §. 18 de la ley 1, tít. VI, lib. XLII del Dig.
(3) §. 18 de la ley 1, tít. VI, lib. XLII del Dig.
(4) §. 155, Com. II de las Inst. de Cayo.

tiùs parentis quàm ipsorum bona similitèr à creditoribus possideantur.

hacen herederos tanto *ab intestató* como por testamento; mas el pretor les permite abtenerse de la herencia, si quieren, para que de este modo los acreedores sean puestos en posesion de los bienes, mas bien en nombre de su ascendiente que en el suyo.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§§. 156, 177 y 158, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Sui et necessarii hæredes.—Antes de ahora, y especialmente con motivo de las desheredaciones (1), se ha hablado de los herederos suyos anticipando doctrinas, que en rigor pertenecen á este lugar, pero que eran indispensables para la aclaracion de otros. No es, pues, necesario reproducir lo que ya queda expuesto, por lo cual me limitaré á completar los vacíos que aun restan. A los que aquí son llamados *herederos suyos y necesarios* se designa otras veces solo con el nombre de *herederos suyos.* La palabra *suitas*, de que usan muchos intérpretes, no es latina.

Filius filiave.—En lugar de establecer una definicion general de los *herederos suyos*, el Emperador los enumera.

In potestate morientis fuerint.—Para ser considerado como heredero suyo no bastaba estar en poder del jefe de la familia, sino que se requeria además ocupar en ella el primer lugar, esto es, no tener que recaer en la potestad de otro, como despues lo explica Justiniano. La novela (2) que igualó los derechos de los agnados y cognados en la sucesion intestada, varió este principio, como se presentará ocasion de exponer.

Quâlibet aliâ ratione.—La deportacion, por ejemplo, ó la emancipacion antes de quedar igualados en los derechos de sucesion los agnados y cognados segun derecho novisimo (3).

Quodammodò domini.—De esta consideracion de condueños que tienen los hijos aun en vida de los padres, dimana que la adquisicion de la herencia sea considerada en ellos como una continuacion del dominio (4), que la herencia no se repute yacente por un solo momento (5), y que sin ningun hecho suyo, y solo en virtud de la ley,

(1) Al §. 34, tít. XIII de este Libro.
(2) La 118.
(3) Nov. 118.
(4) Ley 11, tít. II, lib. XXVIII del Dig.
(5) §. 7 de la ley 1, tít. IV, lib. XXIX del Dig.

ipsô jure, sean herederos. En efecto, mas bien se puede decir que retienen que no que adquieren los bienes del padre, y que á la muerte de este entran á ejercer en el patrimonio la facultad ilimitada que ejercia el finado.

Sive velint, sive nolint.—Esta es una necesidad de derecho que no pueden evitar; por lo tanto son herederos, aun en el caso de que ignoren la muerte de su antecesor, aunque carezcan de voluntad, como si se hallan en la infancia ó están locos, sin que necesiten en estos casos ni la autoridad de sus tutores, ni el consentimiento de los curadores.

Prætor permittit.—El rigor del derecho civil estricto, que por considerar herederos necesarios á los descendientes de que se trata, implícitamente los obligaba á sostener la personalidad del difunto con todas las obligaciones hereditarias y testamentarias, fué mitigado por la equidad del pretor concediéndoles el beneficio de abstenerse, viniendo así á desaparecer de hecho la necesidad que tenian los herederos suyos de admitir la herencia. Conservóse, sin embargo, en parte el antiguo principio; en su virtud, el heredero suyo que se abstenia no dejaba de ser heredero (1), carácter que adquiria plenamente al tiempo de la muerte de su ascendiente, y que no podia borrarse, segun la regla de que siempre se reputa como heredero el que una vez lo ha sido, *semèl hæres sempèr hæres manet.* Pero esta consideracion no le inferia perjuicio, ni lo obligaba á satisfacer las deudas ni las obligaciones testamentarias del finado. Diferénciase esta facultad de abstenerse del beneficio de separacion de que antes se ha hablado, en que no necesita ser pedida al magistrado, sino que basta que no se mezcle el heredero en las cosas hereditarias (2), y en que los acreedores no tienen contra este ninguna reclamacion, al paso que el esclavo que obtuvo el beneficio de separacion, está sujeto á responder á las demandas que contra él se entablen por razon de obligaciones testamentarias y hereditarias, hasta donde alcancen los bienes del finado.

El acto por que el heredero suyo se hace heredero de hecho se llama *immixtion, immiscere se hæreditati*; en virtud de él se somete á las obligaciones de la herencia, y es claro que al efecto debe tener capacidad legal para obligarse: así el pupilo y el loco no podrian hacer sin la intervencion de sus guardadores respectivos (3). El acto por el que el heredero suyo manifiesta la voluntad de no aceptar la herencia se llama *abstentio* (*abstinere se ab hæreditate*). Las

---

(1) §. 10 de la ley 30, tit. V, lib. XL del Dig.
(2) Ley 12, tit. II, lib XXIX del Dig.
(3) Ley 11, §. inicial de la ley 57, tit II, lib. XXIX del Dig.

palabras *adicion* y *repudiacion* en su sentido estricto no son aplicables á los herederos suyos.

3 Ceteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, *extranei hæredes* appellantur. Itaque liberi quoquè nostri, *qui in potestate nostrâ non sunt*, hæredes à nobis instituti, extranei hæredes videntur. Quâ de causâ et *qui hæredes à matre instituuntur*, eôdem numerô sunt, quia fœminæ in potestate liberos non habent. *Servus* quoquè à dominô hæres institutus, et *post testamentum factum* ab eo *manumissus*, eòdem numerô habetur.

Todos los demás que no están sujetos al poder del testador, se designan bajo la denominacion de herederos extraños: así nuestros descendientes, que no estén en nuestro poder, y han sido instituidos herederos por nosotros, son herederos extraños; y por esta razon los que son instituidos herederos por su madre están comprendidos en este número, porque las mujeres no tienen á los descendientes en su poder. El esclavo instituido heredero por su señor y manumitido despues de hecho el testamento, es tambien computado entre ellos. 3

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 161, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Extranei hæredes.—Llámase otras veces *voluntarios* á estos herederos, ya en contraposicion á la denominacion de *necesarios*, ya por la libertad que tenian de aceptar ó de repudiar la herencia. En este texto, bajo la denominacion de herederos *extraños*, se comprenden todos los que no están bajo la potestad del testador, y por lo tanto los ascendientes, los parientes laterales y los descendientes que no se hallan en la familia del finado al tiempo de su muerte ó al cumplimiento de la condicion. Por consecuencia de esto, los hijos que habian salido de la familia por emancipacion ó por adopcion, y los habidos de concubinas, eran herederos extraños con respecto al padre, como lo eran con relacion á la madre todos sus descendientes sin distincion, y para el abuelo materno los hijos de su hija, ajenos siempre á su familia. No siempre la palabra *extraneus* tiene exactamente la acepcion que le da este texto, pues á veces se opone á la de herederos que, no siendo suyos, tienen un derecho legítimo á la herencia intestada ó son socorridos por el remedio pretorio de la *bonorum posesion*.

Qui in potestate nostrâ non sunt.—Es decir, los hijos emancipados, que por el acto de salir del poder paterno, de herederos suyos que eran se convertian en herederos extraños, carácter que en nada variaba la *bonorum posesion* á que les llamaba el pretor, porque no les imponia el deber de ser herederos, sino que por el contrario, quedaban en

libertad de aceptar ó de repudiar la herencia. La novela (1) que los llamó á la sucesion intestada del mismo modo que si estuvieran constituidos en potestad, les dió por derecho civil la herencia, en lugar de la *bonorum posesion* que el pretor les otorgaba, y de este modo los hizo herederos suyos.

Qui hæredes à matre instituuntur.—La novela (2) que, echando por tierra la diferencia entre agnados y cognados para la sucesion, y consultando solo á los vínculos de la sangre, estableció un método mas natural, mas sencillo y menos caprichoso, llamando á los hijos á la sucesion paterna del mismo modo que á la materna, cambió el carácter de herederos extraños que tenian los hijos en la sucesion de la madre. Desde ella, al vínculo antiguo de la potestad, que era el que daba la cualidad de *herederos suyos*, sustituyó el de sangre, que es el fundamento de la reforma del derecho de suceder *ab instestató*, variacion quizá la mas interesante de cuantas ideó y perfeccionó Justiniano.

Servus, post testamentum factum manumissus.—Como queda dicho en otro lugar, el esclavo instituido heredero y manumitido despues de hecho el testamento, quedaba en plena libertad de admitir ó de repudiar la herencia, es decir, era heredero extraño.

4 *In extraneis hæredibus* illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi hæredes instituantur, sive hi, *qui in potestate eorum sunt*. Et id *duobus temporibus* inspicitur, *testamenti* quidèm *facti*, ut constiterit institutio, *mortis*, verò *testatoris*, ut effectum habeat. Hoc ampliùs, ut *cum adierit hæreditatem*, esse debet cum eô testamenti factio, sive purè, sive sub conditione hæres institutus sit: nam jus hæredis eô vel maximè tempore inspiciendum est, quô acquirit hæreditatem. *Medió* autem *tempore* inter factum testamentum, et mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris hæredi non nocet, quia, ut diximus, tria tempora inspicimus.

Por lo que toca á los herederos extraños debe observarse que haya con ellos testamentifaccion, sean ellos instituidos herederos, ú otros que estén en su poder. Se atiende en esto á dos tiempos; al de la ordenacion del testamento para que la institucion exista, y al de la muerte del testador para que tenga efecto. Además, cuando uno ade la herencia, debe haber testamentifaccion con él, ó bien sea instituido puramente, ó bien bajo condicion, porque principalmente debe atenderse á la capacidad del heredero al tiempo que adquiere la herencia. En el tiempo que media entre el otorgamiento del testamento y la muerte del testador ó la existencia de la condicion, la mutacion de estado no daña al herero, porque, como hemos dicho, solo hay que atender á las tres épocas referidas. 4

(1) La 118.
(2) La 118.

ORIGENES.

Copiado de Florentino. (§. 1, ley 49, tít. V, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

In extraneis hæredibus.—A diferencia de los herederos necesarios, y de los suyos y necesarios que de grado ó por fuerza eran reputados como herederos en virtud de la misma ley sin ningun acto por su parte, los extraños necesitaban aceptar la herencia para tener el carácter de sucesores del difunto. De consiguiente, la muerte del testador solo les deferia la sucesion que adquirian por la aceptacion de la herencia á que se daba el nombre de *adicion.* Por esto en el caso de que murieran antes de hacerla, aunque ya hubiera muerto el testador, no trasmitian la herencia á sus sucesores.

Qui in potestate eorum sunt.—Esto es una consecuencia de que los esclavos en tanto podian ser instituidos herederos, en cuanto se los consideraba capaces de adquirir su libertad, ó representando la persona de uno que podia ser instituido. En este último caso para que el esclavo adiese la herencia, necesario era que tuviera su señor la capacidad de que habla este texto en las mismas épocas que si él hubiera sido el instituido.

Duobus temporibus.—Tres épocas y no dos son las que despues enumera el texto. El jurisconsulto Florentino (1), de donde esto se copió, dice *tribus*, única palabra que alteró Justiniano.

Testamenti facti.—Requiérese capacidad en el heredero extraño al tiempo de la formacion del testamento, para que este pueda existir, como advierte el texto. El hecho posterior de tener testamentifaccion el que antes carecia de ella, no hará válido el testamento, por la regla Catoniana que impide que tome fuerza despues lo que fué invalidado desde el principio (2). Esta disposicion del derecho tiene su explicacion en la historia, puesto que para poder ser heredero en el primitivo testamento *in comitiis calatis*, se necesitaba tener participacion en los comicios como ciudadano, investidura que se exigia tambien para poder ser comprador de la familia en el *per æs et libram.*

Mortis testatoris.—A la muerte del testador se abre la sucesion y por lo tanto se requiere entonces capacidad en la persona del instituido. La capacidad debe ser de derecho, es decir, que el instituido pueda adquirir con arreglo á las leyes. Esto debe entenderse de las herencias dejadas puramente, en las que, como dicen los intérpretes, *cede*

(1) §. 1 de la ley 49, tít. V, lib. XXVIII del Dig.
(2) §. inicial ley 1, tít. VII, lib. XXXIV del Dig.

el dia á la muerte del testador: no es así en las condicionales en que la sucesion no se abre hasta que se verifica el cumplimiento de la condicion, reemplazando en ellas por consecuencia el dia en que esta se realiza, al de la muerte.

Cum adierit hæreditatem.—La adicion ó aceptacion de la herencia es el acto de su adquisicion, que, como todos los de su clase, exigen capacidad en el que lo ejecuta. Esta capacidad debe ser de derecho y de hecho, porque no basta que el heredero instituido pueda adquirir, sino tambien que pueda manifestar su voluntad.

Mediô tempore.—El texto habla solamente del tiempo que media entre el otorgamiento del testamento y la muerte del testador, y nada del que transcurre entre la muerte y la adicion de la herencia. La incapacidad que sobrevenga en este segundo término, inhabilita al heredero para adirla, de tal modo que no vuelve á renacer su derecho aun cuando cese la causa de su inhabilidad (1). Fúndase esto en que de otro modo la herencia corresponderia ya á los herederos *ab intestatô*, ya á los testamentarios, y se vulneraria el principio romano de que no se podia morir en parte testado é intestado en parte.

4 Testamenti autem factionem non solùm is habere videtur, *qui testamentum facere potest;* sed etiam, qui ex alienô testamentô vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licèt non potest facere testamentum. Et ideô furiosus, et mutus, et posthumus, et infans, et filius familias, et servus alienus testamentifactionem habere dicuntur: licèt enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamentô vel sibi, vel alii acquirere possunt.

Dícese que tiene testamentifaccion no solo el que puede hacer testamento, sino aquel que por sí ó por otros puede adquirir en virtud de un testamento, aunque él no pueda testar. Así el loco, el mudo, el póstumo, el hijo de familia y el esclavo ajeno, tienen testamentifaccion, pues, aunque no pueden hacer testamento, pueden, en virtud de un testamento, adquirir para sí ó para otros. 4

ORIGENES.

Copiado de Pomponio. (Ley 16, tít. I, lib. XXVIII del Dig.)

Comentario.

Qui testamentum facere potest.—En otro lugar (2) he dicho que los intérpretes llaman á la facultad de testar testamentifaccion *activa*, y *pasiva* á la de recibir por testamento: ambas acepciones de la palabra *testamentifaccion* se encuentra en este texto; los epítetos men-

(1) §. 5, de la ley 29, tít. II, lib. XXVIII del Dig.
(2) §. 6. tít. X de este Libro.

cionados no son romanos, pero facilitan mucho la inteligencia de esta materia.

5 *Extraneis* autem *hæredibus deliberandi potestas* est de adeundâ hæreditate, vel non adeundâ. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, inmiscuerit se bonis hæreditariis, sive extraneus, cui de adeundâ hæreditate deliberare licet, adierit, posteà *relinquendæ hæreditatis facultatem non habet*, nisi minor sit annis vigintiquinque. Nam hujus ætatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ità et, si temerè damnosam hæreditatem susceperint,
6 *prætor succurrit* (*a*). Sciendum tamen est, divum Hadrianum etiam majori vigintiquinque annis *veniam dedisse*, cum post aditam hæreditatem grande æs alienum, quod aditæ hæreditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc divus quidèm Hadrianus speciali beneficiò cuidam præstavit; divus autem Gordianus posteà *in militibus tantummodò* hoc extendit: sed nostra bonevolentia *commune omnibus* subjectis imperio nostro *hoc* præstavit *beneficium*, et constitutionem (*b*) tàm æquissimam quàm nobilem scripsit, cujus tenorem *si observaverint homines*, licet eis et adire hæreditatem, et in tantum teneri, in quantum valere bona hæreditatis contigerit, ut ex hac causâ neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium, nisi, omissâ observatione nostræ constitutionis, et *deliberandum existimaverint*, et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint (*c*)

El heredero extraño tiene la facultad de deliberar acerca de la adicion ó de la repudiacion de la herencia. Mas si el que tiene la facultad de abstenerse, se mezclare en los bienes hereditarios, ó bien adiere el extraño que tiene derecho de deliberar acerca de la adicion, no puede dejar la herencia despues, á no ser menor de veinticinco años, porque el pretor en este caso, como en todos los demás en que se ha sufrido daño, auxilia á los menores si han recibido una herencia que les fuere onerosa (*a*). El Emperador Adriano 6
auxilió tambien á los que eran mayores de veinticinco años, en el caso de que despues de la adicion de la herencia apareciesen grandes deudas que antes no se conocian. El Emperador Adriano concedió esto como un beneficio individual: despues lo extendió solamente á los soldados el Emperador Gordiano; mas nosotros, usando de nuestra benevolencia, extendimos este beneficio á todos los súbditos de nuestro imperio, y publicamos una constitucion (*b*) tan noble como justa; en su cumplimiento es lícito adir la herencia, obligándose solo por valor de los bienes hereditarios, de modo que ni es necesario el beneficio de deliberar, á no ser que descuidándose de hacer lo que nuestra constitucion les previene, prefieran el beneficio de deliberar y sujetarse á los antiguos gravámenes de la adicion (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Copiado de Cayo (§§. 162 y 163, Com. II, de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 163, Com. II de sus Inst.)
(*c*) Esta constitucion es la ley 22, tít. XXX, lib. VI del Cod.

Comentario.

Extraneis hæredibus.—El beneficio de deliberar, ¿está limitado á los herederos extraños, ó es extensivo tambien á los herederos suyos? Atendidos los principios rigurosos del derecho civil, es claro que siendo estos últimos de grado ó por fuerza herederos, no podian gozar de semejante facultad: pero despues que el pretor les concedió el derecho de abstenerse de la herencia, que equivale á la repudiacion del heredero extraño, no habia ninguna razon plausible para negársela. Así lo dice un fragmento de Ulpiano (1) adoptado como ley en el Digesto, segun el cual se debe conceder al heredero suyo término para deliberar, cuando lo solicita antes de venderse los bienes hereditarios por los acreedores.

Deliberandi potestas.—Como la representacion jurídica del finado, al mismo tiempo que transmite derechos le impone obligaciones, y puede por lo tanto ser á las veces mas perjudicial que útil, tiene el heredero el beneficio de deliberar, que le da el tiempo necesario para que pueda con cabal conocimiento determinar si ha de admitir ó repudiar la herencia. Derecho de deliberar es por la tanto *la facultad que tiene el heredero de examinar el estado de la sucesion, y decidirse en su virtud á serlo de hecho.* Este remedio, aunque tan conforme á los intereses de los herederos, fué introducido principalmente en favor de los acreedores, de los sustitutos, de los herederos *ab intestato* y de cuantos tenian interés en que fuera adida ó repudiada la herencia. Explicaré esto. El derecho civil, por regla general, no señalaba el término en que los herederos instituidos debian aceptar ó repudiar la herencia; de consiguiente, el heredero podia hacerlo cuando quisiera (2), pues que su accion para reclamarla no se extinguia hasta los treinta años (3). Pero á su vez las personas que tenian interés en que la herencia fuera aceptada ó repudiada, podian exigir del instituido ó del llamado por la ley á la sucesion intestada, que declarase si era ó no heredero. Como podria algunas veces traer perjuicios de gravedad al heredero hacer desde luego esta declaracion, el pretor á su instancia le concedia un término (4) que en su prudente arbitrio estimado oportuno y que no debia pasar de cien dias. Justiniano, alterando el antiguo derecho, estableció que cuando el término fuera concedido por el magistrado, no pudiera exceder de nueve meses contados desde el dia de la concesion, y que el de un año solo se

(1) Ley 8, tít. VIII, lib. XXVIII del Dig.
(2) Ley 9, tít. XXX, lib. VI del Cód.
(3) Ley 3, tít. XXXIX, lib. VII del Cód.
(4) §. 1 de la ley 1, tít. VIII, lib. XXVIII del Dig.

obtuviera del Emperador (1). El que dejaba pasar el término sin hacer la declaracion, era considerado como si hubiera renunciado, cuando las personas llamadas en su defecto á la sucesion eran las que habian promovido el negocio (2); mas si eran los legatarios ó los acreedores, se consideraba como si hubiera aceptado (3). El que moria en el término que se le habia dado para deliberar, trasmitia á sus sucesores el derecho de hacerlo en el que restaba.

La doctrina que acabo de sentar me lleva á tratar de la trasmision del derecho hereditario. Obsérvese, ante todas cosas, que el heredero trasmite á sus sucesores la herencia que adquirió, como una parte constitutiva de sus bienes. Cuando se habla, pues, de la trasmision de la herencia, no se entiende con relacion á la que se ha aceptado, sino á aquella que está aun pendiente de la aceptacion ó de la renuncia; es por lo tanto mas bien que transmision de la herencia, transmision del derecho que se tiene á la sucesion de una persona.

Desde luego se deduce de las doctrinas que en este título quedan expuestas, que los que eran herederos necesarios, y herederos suyos y necesarios, como que adquirian la herencia de grado ó por fuerza, la transmitian á sus sucesores con tal que sobreviviesen un solo momento al difunto, y aunque ignorasen que eran tales herederos (4). Esta trasmision se fundaba en el dominio que habian adquirido en los bienes que de este modo les correspondian: los autores la llaman comunmente *ex capite suitatis*. No sucedia así respecto de los herederos extraños, de los que paso á tratar.

El heredero extraño no adquiria la herencia sino despues que la aceptaba, y solo desde entonces la trasmitia á sus sucesores: *hæreditas nondum adita non trasmittitur ad hæredes* (5). Pero esta regla general tenia sus excepciones. Así cuando el heredero no habia hecho la adicion en virtud de un impedimento legal, sus sucesores podian hacerla cuando cesaba el impedimento (6), y lo mismo tenia lugar cuando habia sido imposible al instituido admitir la herencia con motivo de estar ausente por causa de la república (7). Las constituciones imperiales introdujeron otras dos clases de trasmision á que se dió los nombres de *Teodosiana* y *Justinianea*, tomados de los Emperadores que las establecieron. La Teodosiana extendia á todos los descendien-

(1) §. 13 de la ley 22, tít. XXX, lib. VI del Cód.
(2) Ley 69, tít. II, lib. XXIX del Dig.
(3) §. 14 de la ley 22, tít. XXX, lib. VI del Cód.
(4) Ley 3, tít. XXX, lib. VI del Cód.
(5) Ley 7, tít: XXX, lib. VIII, del Cód.
(6) Ley 4, tít. V, lib. XXIX del Dig.
(7) Principio de la ley 30, tít. II, lib. XXIX del Dig.

tes la facultad de transmitir la herencia á su sucesion propia (1), ampliacion que se dió al antiguo derecho que limitaba la transmision á los sucesores que fueran heredero suyos: la Justinianea la ampliaba á todos los herederos que morian dentro del año en que tenian conocimiento de haberles sido deferida la herencia, ó antes de trascurrir el tiempo que se les otorgaba para deliberar, sin hacer la declaracion de aceptacion ó de repudiacion, cuyos sucesores podian aceptar la herencia en el término que faltaba por correr (2).

Relinquendæ hæreditatis facultatem non habet.—Es regla que ninguno tiene el derecho de abandonar la herencia que una vez aceptó, si es heredero extraño (3), ó en que se mezcló, si es *suyo* (4).

Prætor succurrit.—Concediendo la restitucion *in integrum*, que era el medio de reparar los perjuicios que podian originarse á los menores por su inexperiencia.

Veniam dedisse.—Los principios del derecho imponian al heredero la obligacion de satisfacer todas la deudas y todas las cargas de la herencia, y como dice el texto que antecede, una vez aceptada la herencia no quedaba ya al heredero mayor de veinticinco años el arbitrio de desentenderse de sus obligaciones, Adriano otorgó á algunos, *veniam dedisse*, por gracia particular, *speciali beneficiô*, restituciones singulares en virtud de causas razonables; tal seria la de aparecer grandes deudas ignoradas antes. A imitacion de Adriano, sus sucesores en el imperio siguieron otorgando iguales gracias.

In militibus tantummodò.—Gordiano hizo un privilegio comun á los soldados del que antes era especial á las personas expresamente favorecidas por el Emperador: en su virtud tan solo estaban obligados á responder hasta la cantidad que á alcanzase el valor de los bienes heredados.

Commune omnibus hoc beneficium.—Este beneficio se llama comunmente *de inventario*. Inventario, es la *solemne escritura que se hace de los bienes del finado*. Los que admiten la herencia bajo este beneficio en tanto se obligan en cuanto alcanzan los bienes hereditarios. Debe aquí hablarse separadamente de la formacion y de los efectos del inventario.

El heredero debia comenzar el inventario en los treinta dias desde que sabia su llamamiento á la sucesion, y tenerlo finalizado á los sesenta; pero si estaba ausente tenia un año para verificarlo. Debia ordenarse el instrumento ante un oficial ó escribano público, *ta-*

---

(1) Ley única, tít. LII, lib. VI del Cód.
(2) Ley 19, tít. XXX, lib. VI, del Cód.
(3) Ley 4, tít. XXXI, lib. VI del Cód.
(4) Ley 10, tít. XXX, lib. VI del Cód.

bellarius, y además, segun una novela (1), á presencia de las personas interesadas, tales como los coherederos, los acreedores y los legatarios, ó en su defecto de tres testigos, y firmarse por el escribano y por el heredero, que deberia poner la señal de la cruz si no sabia escribir, certificando en este caso un segundo escribano (2).

El inventario cuando se hace legalmente produce efectos interesantes, á saber: limitar la obligacion del heredero á responder á los acreedores, hereditarios y testamentarios, solo en cuanto monte el valor de los bienes inventariados; autorizarlo para deducir los gastos hechos en el entierro del difunto, en la apertura de testamento, en la formacion del inventario, y los demás que sean necesarios; no confundir su patrimonio con el del difunto, por lo cual al mismo tiempo que puede cobrar las deudas que á su favor tiene, está obligado á satisfacer á la masa hereditaria lo que él á su vez debe al finado, para distribuirlo entre sus acreedores; libertarlo de la molestia de estos mientras se está formando el inventario, y por último, obligarlo á ir pagando á los acreedores por el órden sucesivo con que se presentan sin consideracion ninguna á la hipoteca, prenda ó privilegio que tengan, quedando del todo libre despues de haber asi distribuido la herencia: si alguno de los acreedores á que asistiera un derecho preferente se presentasen despues, habrán de limitar su accion á recurrir contra los que antes acudieron y obtuvieron el pago (3).

Si observaverint homines.—El heredero que, no aprovechándose del beneficio introducido por Justiniano, omitiese la formacion del inventario, ó no lo hiciera legalmente, perdia todos los derechos que de otro modo se le otorgaban.

Et deliberandam existimaverint.—A pesar de lo útil que era por regla general á los herederos la aceptacion de la herencia á beneficio de inventario, no por eso abolió Justiniano el antiguo remedio de deliberar, porque á las veces habia peligro en la formacion del inventario, por cuanto podia ser perjudicial la manifestacion de las facultades del difunto. Quedaron, pues, subsistentes los dos remedios, si bien no podian usarse cumulativa sino alternativamente.

7 Itèm *extraneus* hæres, testamentô institutus, aut ab intestatô ad legitimam hæreditatem vocatus, potest, *aut pro hærede gerendô*, vel etiam *nudâ voluntate* suscipiendæ hæreditatis, hæres fieri (*a*). *Pro hæ-*

El heredero extraño instituido en testamento, ó llamado *ab intestatô* á la sucesion legítima, puede ser de hecho heredero ó ejecutando actos de tal, ó aceptando la herencia por su sola voluntad (*a*): ejecutar actos 7

(1) §. 1 del cap. 2 de la nov. 1.
(2) §. 2 de la ley 22, tít. XXX, lib. VI del Cód.
(3) Dicha ley 22.

rede autem *gerere* quis videtur, si rebus hæreditariis tamquàm hæres utatur, vel vendendô res hæreditarias, aut prædia colendô locandôve, et quoquô modô si voluntatem suam declaret, vel re vel verbis de adeundâ hæreditate, *dummodò sciat*, eum, in cujus bonis pro hærede gerit, *testatô intestatôve obiise*, et se ei hæredem esse. Pro hærede enim gerere, est pro dominô gerere; veteres enim hæredes pro dominis appellabant (*b*). Sicut autem nudâ voluntàte extraneus hæres fit: ità et *contrariâ destinatione* statim *ab hæreditate pellitur* (*c*). Eum, qui *mutus vel surdus natus est*, vel posteà factus, nihil prohibet, pro hærede gerere, et acquirere sibi hæreditatem, si tamen intelligit, quod agitur (*d*).

de heredero, es usar de los bienes hereditarios, vendiéndolos, cultivando ó dando en arrendamiento las heredades; en una palabra, manifestar de cualquier modo la voluntad de adir la herencia, ó bien sea con hechos, ó bien con palabras, con tal que sepa que aquel en cuyos bienes hace esto, ha muerto ó con testamento ó sin él y que es su heredero, porque ejecutar actos de heredero es ejecutar actos de propietario, pues que los antiguos usaban la palabra *hæredes* para significar á los dueños (*b*). Mas á la manera que por la mera voluntad el extraño es heredero, del mismo modo por la voluntad contraria queda tambien rechazado de la herencia (*c*). El sordo ó el mudo de nacimiento ó por accidente pueden ejecutar actos de heredero, y adquirir la herencia con tal que sepan lo que hacen (*d*).

ORIGENES

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 167, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Paulo. (§. 25, tít. VIII, lib. IV, de sus Sent.)
(*c*) Copiado de Cayo. (§. 169, Com. II de sus Inst.)
(*d*) Tomado de Ulpiano. (§. inicial de la ley 5, tít. II, lib. XXIX del Dig.)

Comentario.

Extraneus.—Refiérese este texto á los herederos extraños: su doctrina es aplicable á los herederos suyos, especialmente despues que les concedió el pretor el beneficio de abstenerse, viniendo de este modo, en los efectos, á no distinguirse de los extraños; sin embargo, quedó subsistente la antigua nomenclatura, y en su consecuencia se decia de los herederos suyos para indicar su aceptacion, que retenian ó se mezclaban en la herencia, *retinere, immiscere se*, y para manifestar la recusacion, que se abstenian ó la abandonaban, *abstinere, derelinquere* (1), como queda dicho.

Aut pro hærede gerendô.—La aceptacion de la herencia hecha por el heredero extraño se llama *adicion*, palabra adoptada tambien en

(1) Ley 11, y §§. iniciales de las leyes 57 y 87, tít. II, lib. XXIX del Dig.

nuestro idioma (1), cuya etimología viene de *adire*, es decir, *ire ad hæreditatem*. Tomada en su acepcion mas lata, comprende la aceptacion de la herencia hecha expresa ó tácitamente; pero en un sentido estricto solo la de la herencia que compete á una persona atendido el rigor del derecho civil, cuando la hace expresamente. De una y otra habla Justiniano en este párrafo.

Nudâ voluntate.—Verbis se dice despues, esto es, la *adicion de la herencia*, tomada la frase en su significacion estricta. Consiste solo en manifestar la voluntad de ser heredero, á cuyo efecto no habia establecida ninguna fórmula rigurosa, si bien el mismo heredero debia hacer la adicion: la aceptacion de la herencia pretoria se llamaba *agnitio bonorum possessionis*. Antiguamente, además de estas clases de adicion, habia otra llamada *cretio*, cuya etimología viene *à cernendô*, porque no era mas que la facultad de deliberar en cierto término que el testador concedia al heredero extraño para adir ó repudiar la herencia, pues como dice Cayo (2), *cernere est quasi decernere et constituere*. La crecion por lo tanto tenia lugar solo cuando el testador lo prevenia en su última voluntad. Mas que por definiciones podrá formarse idea de ella por su fórmula. Esta era: *Titius hæres esto, cernitoque in diebus proximis centum quibus scieris poterisque: quodni ita creveris, exheres esto* (3). El instituido en esta forma debia á su vez aceptar la herencia dentro del término prefijado con estas palabras solemnes: *Quod me Publius Titius testamentô suô hæredem instituit, eam hæreditatem adeo, cernoque*. Si no lo hacia así, concluido el término, era excluido de la herencia, sin que pudiera alegar en su favor la gestion *pro hærede* en el caso de que como heredero hubiese usado de los bienes hereditarios (4): pero mientras llegaba el plazo prefijado, tenia lugar de arrepentirse de su determinacion repudiando la herencia (5). La crecion era ó vulgar ó contínua; en la vulgar ponia el testador las palabras *quibus scieris poterisque*, y las omitia en la contínua (6). En la primera solo se contaba el término desde que el instituido sabia que lo era, y podia deliberar; en la contínua se computaban todos los dias (7).

---

(1) No encuentro aceptado del mismo modo por la Academia española el verbo «adir:» sin embargo, el uso de las escuelas le ha dado carta de naturaleza entre los profesores de derecho romano. La empleo, porque no encuentro en nuestro idioma palabra propia que lo reemplace; y no es extraño, pues que no se necesita hoy entre nosotros esta diferencia de palabras originada de la distinta clase de herederos que establecia el derecho romano. Si usara la palabra «aceptar,» sustituiria á una que debe expresar la especie, otra que podia ser extensiva al género.

(2) §. 164 del Com. II de sus Inst.

(3) §. 165, Com. II de las Inst. de Cayo; y §. 27, tit. XXII de las Reglas de Ulpiano.

(4) §. 166, Com. II de las Inst. de Cayo.

(5) §. 168 de las Inst. de Cayo; y §. 30, tit. XXII de las Reglas de Ulpiano.

(6) §. 31, tit. XXII de las Reglas de Ulpiano.

(7) §. 32, tit. XXII de las Reglas de Ulpiano.

Esta especie de adicion de la herencia fué de grande utilidad antes de que los pretores concedieran el beneficio de deliberar: una constitucion de los Emperadores Arcadio, Honorio y Teodosio la suprimió como una solemnidad escrupulosa é innecesaria (1).

Pro hærede gerere.—Mas abajo se usa de la palabra *re*, y ambas frases indican con bastante propiedad la idea que significan: el heredero que entra á administrar los bienes hereditarios, manifiesta su intencion de aceptar la herencia, porque de otro modo se abstendria de actos que solo le eran lícitos en concepto de dueño. Este reconocimiento tácito de la herencia, como fundado en una presuncion, cesa siempre que otros motivos mas poderosos persuadan que sus actos no han sido ejecutados con intencion de aceptarla. Así, si se limitó á dictar las disposiciones necesarias para dar sepultura al finado, por este solo hecho de humanidad no deberá deducirse su aceptacion; sin embargo, mejor es, como aconseja Ulpiano (2), que proteste que solo lo hace por motivos de piedad. A la aceptacion tácita de la herencia se dá el nombre de *pro hærede gestio*.

Dummodò sciat, testatô intestatôve obiise.—Hasta la muerte de una persona no se abre su sucesion, y por lo tanto tampoco puede haber adicion de la herencia. A las razones de moralidad, que recomiendan este principio, se agrega la jurídica de que el dia de la sucesion cede á la muerte del testador, antes de la cual ni aun hay herencia. Esto que en la institucion pura es aplicable en todo su rigor, no lo es en la condicional, en la cual hasta el cumplimiento de la condicion no se puede decir que hay heredero. El conocimiento de si el finado ha muerto con testamento ó sin él, es asímismo indispensable al heredero para adir la herencia, pues de otro modo ni aun sabria qué era lo que aceptaba.

Contrariâ destinatione ab hæreditate repellitur.—La renuncia de la herencia, del mismo modo que su aceptacion, puede hacerse expresa ó tácitamente (3). La expresa se llama *repudiacion* (4), la tácita, *omision de la herencia*: esta última existe cuando el heredero deja pasar cierto espacio de tiempo sin usar de su derecho. La repudiacion es tambien irrevocable despues de hecha, á no mediar una de las personas que gozan del beneficio de la restitucion *in integrum* (5). No se entiende que renunciada la sucesion testamentaria se ha renunciado la legítima: por el contrario, la renuncia á la sucesion legítima por el que

---

(1) Ley 17, tít. XXX, lib. VI del Cód.
(2) §. 8 de la ley 14, tít. VII, lib. XII del Dig.
(3) Ley 95, tít. II, lib. XXIX del Dig.
(4) Ley 13, tít. II, lib. XXIX del Dig.
(5) §. 1 de la ley 76, tít. II, lib. XXIX del Dig.

sabia que era tambien heredero testamentario, se entiende extensiva á ambas; si lo ignorase no se entenderá que ha repudiado ni una ni otra sucesion: no la testamentaria, porque no la repudió; no la legítima, porque no llegó á serle deferida (1). Concluiré diciendo que por regla general el que ha repudiado la herencia que se le habia deferido bajo un título, puede admitirla bajo otro concepto; así el heredero instituido que renunció, podrá aceptar como sustituto ó como sucesor legítimo (2), segun queda dicho.

Mutus vel surdus natus.—No es mi objeto hablar aquí del modo de suplir ó de reemplazar el consentimiento de las personas que se hallan privadas del ejercicio de facultades mentales, ó no las tienen completamente desarrolladas, de que se ha tratado ya en otro lugar: bástame decir que los sordos ó mudos no están inhabilitados para admitir la herencia si tienen conocimiento de la extension de las obligaciones que contraen, y si no lo tienen, se suplirá su falta por las personas á quienes la ley ha confiado su guarda.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Al hacer en el título que precede á este la comparacion entre las doctrinas del derecho romano y español, omití de propósito hablar de las legitimas y de las donaciones que en ellas eran imputables, ofreciendo tratar aquí de una y otra materia, por la conexion que tienen con la diferencia y calidad de los herederos. Atendido el derecho actual, los herederos son ó *forzosos* ó *voluntarios*; palabras que no proviene de la necesidad de adir ó de la facultad de no admitir la herencia, que era lo que entre los romanos fundaba una nomenclatura parecida, sino del derecho que unos tienen á la sucesion sean ó no llamados por el testador, y de la eleccion voluntaria en virtud de la que otros vienen á la herencia, es decir, entre los romanos la necesidad ó la voluntad estaban en el heredero, y entre nosotros en el testador. Las leyes de Partida (3) siguieron al derecho novisimo de Justiniano en la designacion de la legítima de los hijos, doctrina no conforme con la fijada antes en las leyes del Fuero Juzgo (4) y en las del Fuero Real (5). Segun estas la legítima de los descendientes, cual-

(1) §. 1 de la ley 17, tít. II, lib. XXIX del Dig.
(2) §. 2 de la ley 18, tít. XXX, lib. VI del Cód.
(3) Ley 17, tít. I, Part. VI.
(4) Ley 1, tít. V, lib IV.
(5) Ley 9, tít. V, y ley 7, tít. XII, lib. III.

quiera que fuese su número, comprendia las cuatro quintas partes de la herencia, de modo que los ascendientes solo podian disponer de otra quinta, cuyo principio adoptado por las leyes de Toro (1), es el que hoy se halla vigente. En su virtud, el testador que tiene hijos, puede invertir el quinto del modo que mas cuadre á sus deseos; pero si bien el testador ha de dejar precisamente á sus descendientes las cuatro quintas partes de sus bienes, esto no es obstáculo para que atendiendo á los méritos, cuidados y necesidades de alguno ó algunos de ellos, pueda dejarles especialmente la tercera parte de sus bienes, en cuyo caso se dice que los *mejora* en el tercio, del mismo modo que cuando deja el quinto á uno de sus descendientes, se dice que lo mejora en el quinto, porque hace á los que así prefiere de mejor condicion que á los demás. Este sistema está sin duda mas acertadamente combinado que el de las leyes romanas, y consulta mejor á los intereses de toda la familia, cohibiendo al padre dentro de límites prudentes, y dándole una latitud racional para premiar la adhesion, los servicios y las virtudes de algunos de sus hijos en particular, para reparar hasta cierto punto sus desgracias, y para igualar su desigual condicion, lo que en vano podria hacer la ley en el espíritu general con que formula sus preceptos. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, son iguales en un todo á los legítimos (2).

La legítima de los ascendientes paternos ó maternos sin distincion, consiste en las dos terceras partes de los bienes de los descendientes que mueren sin dejar á su vez otros descendientes legitimos ó que tengan derecho de heredarlos (3). Mas esto no es obstáculo para que se deje lo que se quiera á los descendiente naturales, á pesar de haber ascendiente legítimos (4). Los hijos naturales, los espúreos y los demás ilegítimos que no sean adulterinos ó habidos de clérigo, ó fraile, ó monja profesa, son preferidos en la sucesion á los ascendientes, y aun en los casos de la excepcion que acabo de exponer, puede la madre dejarles el quinto (5).

Fuera de los ascendientes y descendientes, el testador no está obligado á dejar legítima á otra persona, ni aun á los hermanos, que solo tendrán derecho á entablar la querella en el caso que se prefiera á ellos una persona torpe.

Como los ascendientes ni en vida, ni en muerte pueden perjudicar á sus descendientes en la legítima, hay necesidad de que las do-

---

(1) Ley 28, que es la 8, tit. XX, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Ley 2, tit. VI, lib. III del Fuero Real.
(3) Ley 6 de Toro, que es la ley 1, tit. XX, lib. X de Nov. Rec.
(4) Ley 10 de Toro, que es la ley 6, tit. XX, lib. X de la Nov. Rec.
(5) Leyes 9, 10 y 12 de Toro, que son las leyes 3, 6 y 7, tit. XX, lib. X de la Nov. Rec.

naciones que estos hayan recibido les sean imputadas al hacer las particiones de los bienes de aquel de cuya sucesion se trata. Fundándose las leyes en la presunta voluntad del testador, hacen una diferencia entre las donaciones simples y las donaciones con causa: las simples se imputan primero en el tercio, despues en el quinto, y últimamente en la legítima; las que son con causa, primero se imputan en la legítima, y si exceden de ella, en el tercio, y por último, en el quinto (1). Proviene este diferente modo de imputacion de que en las donaciones simples se vé claramente la voluntad del ascendiente de ejercer su liberalidad, y, en las donaciones en que media causa, se conoce que el objeto del donante es solo hacer una anticipacion de la legítima.

Concretándome mas á las doctrinas especiales de este título, debo manifestar que se hallan grandemente modificados los antiguos principios romanos, porque entre nosotros para la sucesion se atiende solamente á los vínculos de la sangre prescindiendo de los de la potestad paterna, y de consiguiente en nada altera la condicion de los descendientes la circunstancia de estar ó no emancipados y la de provenir de línea masculina ó femenina.

Debe tambien observarse que cuando se trata de la sucesion de los descendientes, es válida la institucion hecha á su favor, aunque no tengan capacidad para ser herederos al tiempo de la institucion, con tal que la tengan al de la muerte del testador (2), y que por lo tanto en este caso no tiene lugar entre nosotros la regla Catoniana.

Por último, los descendientes del difunto trasmiten á sus herederos la herencia que se les ha deferido, aunque hayan muerto despues de pasar el tiempo que se les concedió para deliberar, lo que no sucede respecto de los extraños (3).

El año que se concede para concluir el inventario en caso de que los bienes del finado estuvieren en distintos pueblos, se empieza á contar no desde la muerte del testador, sino despues de trascurrir los tres meses que se otorgan por regla general (4).

---

(1) Leyes 20 y 26 de Toro, que son la ley 5, tít. III; y la ley 10, tít. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 22, tít. III, Part. VI.

(3) Ley 2, tít. VI, Part. VI.

(4) Ley 5, tit. VI, Part. VI.

TITULUS XX.

De legatis.

Post hæc videamus de legatis. Quæ pars juris *extra propositam* quidèm *materiam* videtur: nam loquimur de *his juris figuris, quibus per universitatem res* nobis *acquiruntur*. Sed cum omninò de testamentis, deque hæredibus, qui testamentô instituuntur, locuti sumus, non sine causâ sequenti locô potest hæc juris materia tractari.

TITULO XX.

De las mandas.

Hablemos ahora de las mandas. Esta parte del derecho parece ajena de este lugar, porque solo tratamos aquí de adquisiciones por universalidad. Pero habiendo hablado de los testamentos y de los que son instituidos herederos en ellos, no es fuera de propósito que despues expongamos la materia de mandas.

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§. 191, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Extra propositam materiam.—Hablando Justiniano de los modos de adqnirir por universalidad, interpola las mandas que son modos singulares: por eso se cree en el caso de explicar la digresion, para que no se atribuya á falta impremeditada de método lo que de intento hace por la conexion que tiene este tratado con los que anteceden.

His juris figuris, quibus per universitatem res acquiruntur.—Esto es, modos de adquirir universales.

1 *Legatum* itaque est *donatio quædam à defunctô relicta.*

La manda es una especie de donacion dejada por el difunto. 1

ORIGENES.

Conforme con Modestino. (Ley 36, tít. inicial del lib. XXXI del Dig.

Comentario.

Legatum.—*Manda* ó *legado* es la voz castellana con que se designa lo que los romanos llamaban *legatum*. La etimología de esta palabra es *à legendô*, si bien Ulpiano y Florentino no están conformes en la acepcion del verbo *legere* que le da orígen. El primero (1) lo

(1) §. 1, tít. XXIV, de sus Reglas

funda en la solemnidad de las palabras imperativas con que se constituia, *quod legis modô relinquitur*: etimología que cuadra perfectamente al carácter de legislador doméstico con que, segun se ha visto, los romanos revestian á los testadores. Florentino, por el contrario, creia que la palabra *legere* equivalia á la de *decernere*, tomar, y en este sentido define la manda, *delibatio hæreditatis* (1) desmembracion de la herencia.

Donatio quædam.—Oportunamente se modifica con la palabra *quædam*, la significacion de la de *donatio*. La manda no es donacion, aunque como ella es un hecho de liberalidad. Basta para conocer esto, observar que la donacion supone un acto bilateral que requiere la intervencion de dos personas, del que da y del que recibe ó acepta, y la manda depende solo del acto del testador, pudiéndose por lo tanto dejar aun al que lo ignora. Al hablar de las donaciones por causa de muerte he manifestado los puntos de contacto y de diferencia que median entre ellos y los legados, lo cual evita dar aquí mayores explicaciones.

A defunctô relicta.—Modestino dice: *testamentô relicta*, en el lugar donde probablemente tomó Justiniano la definicion. Oportunamente se hizo esta mudanza, pues que como diré mas adelante, desde el tiempo de Augusto empezaron á dejarse mandas en codicilos.

Algunas ediciones añaden á este texto las palabras: *ab hærede præstanda*, que las mas críticas desechan como una interpolacion arbitraria. No admito la adicion por no creerla genuina, y porque supone implícitamente que solo puede imponerse al heredero la obligacion de satisfacer mandas, cuando tambien puede imponerse al legatario como en su lugar se manifestará.

2 Sed olim quidèm erant legatorum genera quatuor: *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modô*, *per præceptionem*; et certa quædam verba cuique generi legatorum assignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur (*a*). Sed *ex constitutionibus divorum principum* solemnitas hujusmodi verborum penitùs sublata est (*b*). *Nostra* autem *constitutio* (*c*), quam cum magnâ fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores es-

Antiguamente habia cuatro clases de legados: *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modô*, *per præceptionem*, y fórmulas particulares establecidas para expresar cada una de ellas (*a*). Mas esta solemnidad de palabras fué totalmente suprimida por las constituciones imperiales (*b*). Pero en una constitucion (*c*) que hemos publicado despues de un exámen detenido, con el objeto de consultar mejor la voluntad de los que mueren, y que se 2

(1) Ley 116, tít inicial del lib. XXX, del Dig.

se cupientes, et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura, et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solùm *per actiones personales*, *sed etiam per in rem*, *et per hypothecariam*: cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissimè accipere possibile est.

atienda mas que á sus palabras á su intencion, hemos dispuesto que sea una la naturaleza de todos los legados, y que, cualesquiera que sean las palabras con que se dejen, puedan los legatarios reclamarlos no solo por las acciones personales, sino tambien por la real y por la hipotecaria: la lectura de esta constitucion hará conocer la importancia de sus disposiciones.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§§. 192, 193, 201, 216 y 219, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Alude á una constitucion de Constantino, Constancio y Constante. (Ley 21, tit. XXXVII, lib. VI del Cód.)
(*c*) Esta constitucion es la ley 1, tit. XLIII, lib. VI del Cód.

Comentario.

Per vindicationem.—La fórmula de este legado era: *do*, *lego*, *sumito*, *capito* (1) y otras semejantes, en que el testador, dirigiéndose al legatario, le concedia el dominio y la reivindicacion de la cosa, autorizándolo para considerarla como propia tan luego como tuviera efecto su última voluntad. Llamábase *per vindicationem*, porque adida la herencia, la cosa legada se hacia del legatario, y por lo tanto en el caso de que tuviera necesidad de reclamarla, ó bien del heredero, ó bien de otro que la poseyera, debia reivindicarla, esto es, pedirla como de su dominio quiritario, *ex jure Quiritium* (2). Cayo, á quien seguiré en este lugar, párrafo por párrafo, manifiesta la divergencia entre las antiguas sectas de jurisconsultos: Sabino y Casio pretendian, que desde que habia adicion de la herencia, el dominio de la cosa legada pasaba inmediatamente al legatario sin ningun acto suyo, aunque ignorase que se la habian dejado; mas que cuando lo sabia y la repudiaba, entonces era lo mismo que si no hubiera existido la manda. La escuela de Nerva y Próculo sostenia, por el contrario, que en tanto debia considerarse el dominio en el legatario, en cuanto tenia voluntad de aceptar el legado. Una constitucion del Emperador Pio terminó esta disputa, resolviéndola en el sentido de los Proculeyanos (3). El legado *per vindicationem* era aplicable solamente á las

(1) 193 del Com. II de las Inst. de Cayo.
(2) §. 194.
(3) §. 195.

cosas en que el testador tenia el dominio quiritario, las cuales debian pertenecer al testador al tiempo de otorgar el testamento y al de la muerte; pero si eran de las que en el comercio se apreciaban por su peso, número ó medida, bastaba que estuvieran en su dominio solamente en la última de las dos épocas (1). En el caso de que con la fórmula *per vindicationem* el testador legase el género ó una de dos cosas, la eleccion era del legatario, porque dirigiéndose á él las palabras del testador, se entendia que le daba la facultad de elegir.

Per damnationem.—La fórmula de este legado era: *hæres meus, dare damnas esto* ó *dato*, ú otras semejantes palabras con que se imponia al heredero la obligacion de dar alguna cosa al legatario (2). De este modo podian legarse no solo las cosas del testador, sino tambien las ajenas; al efecto debia el testador adquirirlas y darlas, ó satisfacer su estimacion (3). Podian tambien legarse así las cosas que no existian, con tal que se esperase que existieran, por ejemplo, los frutos de una heredad, ó el parto de una esclava (4). No se traspasaba en esta clase de mandas el dominio de la cosa legada desde la adicion de la herencia, aunque fuera dejada puramente, sino que permanecia en poder del heredero que tenia respecto á ella el carácter de deudor: el legatario como acreedor solo tenia una accion personal para reclamarla, no la reivindicacion, porque no era dueño (5). La eleccion en el caso de que se hubiera dejado el género, ó una de dos cosas disyuntivamente, era del heredero, tanto porque á él se dirigian las palabras del testador, como por la regla general que da la eleccion en tales casos al deudor y no al acreedor.

Sinendi modô.—La fórmula de este legado era: *hæres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere, sibique habere* (6). De esta manera podia el testador legar, no solo las cosas que le pertenecian, sino tambien las propias de su heredero, por cuya razon advierte Cayo (7) que era mas lato que el *per vindicationem*, en que solo podia dejar el testador sus cosas propias, y mas limitado que el *per damnationem*, que se extendia á las de cualquier extraño. Bastaba para la validez de esta manda que la cosa estuviera en los bienes del testador ó del heredero al tiempo de la muerte, aunque no lo hubiera estado al del otorgamiento de la última voluntad (8). Del mismo

(1) §. 196 del Com. II de las Inst. de Cayo.
(2) §. 201.
(3) §. 202.
(4) §. 203.
(5) §. 204.
(6) §. 209.
(7) §. 210.
(8) §. 211.

modo que el legado *per damnationem*, el *sinendi modó* no traspasaba la propiedad de la cosa legada al legatario desde el momento en que se verificaba la adicion de la herencia, sino que permaneciendo en dominio del heredero, se hacia este deudor, y el legatario como acreedor tenia contra él una accion personal: *quidquid hæredem ex testamentó dare, facere oportet* (1). Habia, sin embargo, algunos jurisconsultos que interpretando literalmente la voluntad del testador, sostenian que el deber del heredero era meramente pasivo, limitándose por lo tanto á permitir que el legatario tomase por sí lo que se le habia dejado (2). En los casos en que el legado fuera de género ó de una de dos cosas, la eleccion debia ser del heredero por las mismas razones que se han expuesto en el *per damnationem*.

Per præceptionem.—La fórmula de este modo de legar era: *Lucius Titius, hominem Stichum præcipito* (3). Cayo, á quien me arreglo en la explicacion que doy á las diferentes formas antiguas de legados, refiere al hablar de esta, no solo sus doctrinas y las de la escuela Sabiniana á que pertenecia, sino tambien las opuestas. Segun los Sabinianos solo podia dejarse un legado *per præceptionem*, á aquel á quien se instituia heredero en alguna parte de la herencia, porque *præcipere* es *præcipuum sumere* (tomar preferentemente), lo cual solo podia decirse del que era uno de varios coherederos (4): así reputaban como inútil la manda dejada de este modo á un extraño. Juliano y Sexto, si bien convenian en esta opinion, atendido rigurosamente el derecho civil, sostenian la manda como si estuviera hecha *per damnationem*, haciendo extensivo á ella un senado-consulto del tiempo de Neron de que despues se hablará (5). Los Proculeyanos, por el contrario, reputaban que semejante legado era lo mismo que el llamado *per vindicationem*, detrayendo de la palabra *præcipito* la preposicion *præ*, y dejando el *capito*; modo de ver que se dice haber sido confirmado por una constitucion del Emperador Adriano (6). En la opinion de la secta de Sabino solo podian legarse con esta fórmula las cosas hereditarias, si bien en el caso de que se dejasen las ajenas, la manda, que por sí era insubsistente atendido el rigor del derecho, se sostenia por el senado-consulto Neroniano (7), y la accion que tenia el legatario para obtenerla, era la *familiæ erciscundæ*, en que el juez debia adjudicar el prelegado á la persona á quien lo dejaba el tes-

(1) §. 213 del Com II de las Inst de Cayo.
(2) §. 214.
(3) §. 216.
(4) §. 217.
(5) §. 218.
(6) §. 221.
(7) §. 220.

tador (1). Ségun la opinion de los Proculeyanos, cuando el testador legaba así lo que tenia en su dominio quiritario, el legatario, ó bien fuese uno de los herederos, ó bien un extraño, como que adquiria el dominio de la manda, si llegaba á verificarse la adicion de la herencia, podia reivindicarla: mas si era una cosa que solo estaba en los bienes del testador, *in bonis*, el heredero preterido podia conseguirla en el juicio *familiæ erciscundæ*; el extraño solo en virtud del senado-consulto. A la sombra de este solamente podia ya uno de los coherederos, ó ya un extraño, obtener la manda de cosa ajena dejada con la fórmula *sinendi modô* (2).

Al tratar del legado *per præceptionem* me he visto en la necesidad de hablar del senado-consulto Neroniano que paso á exponer. No puede señalarse con precision el año en que fué publicado, si bien debió ser entre el 54 y 68 de la era cristiana. Prevenia que todo lo que se legase con palabras menos aptas, se entendiese legado *per damnationem;* así lo dice Ulpiano expresamente (3): *senatus-consultô cautum est ut quod minus idoneis verbis legatum est, perindè sit ac si optimô jure legatum esset.* Nada alteró este senado-consúlto las fórmulas antiguas; pero dió mas latitud á la voluntad de los testadores, sosteniendo como si fuesen legados *per damnationem*, que eran los que producian mas ámplios efectos, los dejados bajo cualquiera de los otros modos. Por consecuencia de él, valió el legado de cosa ajena cualquiera que fuese la fórmula con que se dejara.

Ex constitutionibus divorum principum.—La constitucion de Constantino, Constancio y Constante á que alude el texto (4), se limitó á no requerir la necesidad de intervencion de fórmulas en los legados y fideicomisos; quedaron, sin embargo, los antiguos modos de legar, y cuando no estaban ajustadas las palabras del testamento á sus fórmulas respectivas, se sostenia la disposicion como si estuviera hecha con la que mas se aproximára á la que habia usado el testador.

Nostra constitutio.—Justiniano igualó en sus efectos la diferentes clases de legados, dándoles á todos la misma naturaleza, y prescindiendo de los diversos resultados que producian segun la fórmula con que se dejaban. Mas esta igualacion, como notan con oportunidad los comentaristas, debe solo entenderse por lo que respecta á las fórmulas; pues no destruyó, ni pudo destruir otros efectos que estando en la naturaleza de las cosas, resistian la nivelacion, como en el comen-

---

(1) § 219 del Com. II de las Inst. de Cayo.
(2) § 222.
(3) § 11 bis. tít. XXIV de sus Reglas.
(4) Ley 21, tít. XXXVII, lib. VI del Cód.

tario de este mismo texto tendré ocasion de manifestar al hablar de la accion real.

Per actiones personales.—A la accion personal que tiene el legatario para conseguir la manda, se da el nombre de *ex testamentó*. Esta, como todas las acciones personales, nace de una obligacion, que en el caso de que se trata, es producida por el cuasi contrato de la adicion de la herencia, de que se hablará oportunamente.

Sed etiàm in rem.—La reivindicacion supone el dominio, y por lo tanto en el hecho de concederla Justiniano á los legatarios bajo cualquier fórmula que lo fueran, implícitamente estableció el principio de que la propiedad de la cosa legada pasaba al legatario desde la adicion de la herencia. Pero para que el dominio de la cosa legada se traspase de este modo, y para que haya por consecuencia reivindicacion, es menester suponer términos hábiles: así si el testador legára una cosa indeterminada, por ejemplo, un caballo, sin expresar cuál, ó una cantidad, ó un crédito, ó la libertad de una obligacion, ó un hecho que debiese ejecutar ú omitir el heredero en obsequio del legatario, no puede haber traslacion del dominio, ya porque la cosa no está determinada, ó ya porque no es susceptible de propiedad; así tampoco en virtud de la adicion se trasladará inmediatamente la propiedad de la cosa ajena que se legó ni podrá por lo tanto ser reivindicada, porque lo que no es del testador no puede directamente pasar al legatario, siendo aquí aplicable la regla de que ninguno puede trasladar á otro mas derecho del que tiene él mismo: *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (1).

Mas como las acciones real y personal no concurren juntas, sino que por el contrario son incompatibles, así por el derecho que suponen, como por los efectos que producen, pues que por la primera reclamamos como nuestra la misma cosa, y por la segunda pedimos la que se nos debe, no sin razon advierten algunos intérpretes que esto es una cosa especial en el legado. Pero como ambas acciones tienden al mismo fin, esto es, á que el legatario consiga lo que se le dejó, es claro que no podrá entablarlas cumulativamente, y que por lo tanto la una excluye á la otra: si entabla la *reivindicacion* será considerado como dueño, si la personal *ex testamentó* como acreedor.

Et per hypotecariam.—De la accion *hipotecaria*, llamada tambien *quasi serviana*, se hablará expresamente al tratar de las acciones en el último Libro de esta obra. Aquí basta decir que el haberse conce-

(1) Ley 54, tit. XVII, lib. L del Dig

dido á los legatarios, fué una introduccion de Justiniano, y que la hipoteca tácita que en su virtud se establece, es extensiva á todos los bienes hereditarios.

3 Sed non usque ad eam constitutionem standum esse *existimavimus*. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidèm *strictè concludentem*, fideicommissis autèm, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, *pinguiorem naturam* indulgentem; necesarium esse duximus, omnia *legata fideicommissis exæquare*, ut nulla sit inter ea differentia, sed, *quod deest legatis*, hoc repleatur ex naturâ fideicommissorum, et, *si quid amplius est in legatis*, per hoc crescat fideicommissi natura (*a*). Sed ne in primis legum cunabulis, permixtè de his exponendô, studiosis adolescentibus quamdam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus, interim separatim priùs de legatis, et posteà de fideicommissis tractare, ut, naturâ utriusque juris cognitâ, facile possint permixtionem eorum eruditi, subtilioribus auribus, accipere.

Mas nosotros hemos creido que no debiamos detenernos en esta constitucion. Observando que los legados habian sido encerrados en la antigüedad dentro de límites muy trechos, y que tenian mayor latitud los fideicomisos por atenderse mas principalmente en ellos á la voluntad de los testadores, creimos conveniente igualar los unos á los otros, de modo que no haya entre ellos diferencia, y que lo que falta á los legados se supla de los fideicomisos, y si los primeros tienen alguna cosa de mas, se comunique tambien á los segundos (*a*). Pero para evitar á los jóvenes que dan los primeros pasos en la carrera legal, las dificultades que encontrarian si expusiéramos estas dos materias simultáneamente, trataremos primero de los legados y despues de los fideicomisos, para que, conociéndose así su naturaleza respectiva, puedan percibir mas fácilmente la fusion que hemos hecho. 3

ORIGENES.

(*a*) Alude á su constitucion, que es la ley 2, tít. XLIII, lib. VI del Cód.)

Comentario.

Existimavimus.—Justiniano fué tambien el que igualó en sus efectos las mandas y los fideicomisos singulares. El fragmento de Ulpiano que se halla en las Pandectas (1) en donde se lee, *per omnia exæquata sunt fideicommissis*, está indudablemente arreglado á la constitucion de Justiniano por sus compiladores, pero no es auténtico: basta para convencerse de esto leer en las Reglas de Ulpiano (2) la diferencia que entre unos y otros establece.

(1) Ley 1, tit. I, del lib. XXX.
(2) Titulos XXIV y XXV.

Strictè concludentem.—Los legados estaban encerrados en límites mucho mas estrechos que los fideicomisos. Prescindiendo del rigor de las fórmulas á que estuvieren sujetos, y que habian cesado ya antes de Justiniano, como se ha dicho, podian solo dejarse en idioma latino, que era el del legislador (1), cuando habia sucesion testada (2) despues de hecha la institucion de heredero y nunca para despues de la muerte de este (3), é imponerse únicamente al heredero la obligacion de satisfacerlos, no á un legatario ó fideicomisario (4); por último, su interpretacion era mucho mas estricta que la de los fideicomisos.

Pinguiorem naturam.—En los fideicomisos se atendia mas á la voluntad del testador que á la escrupulosidad y rigor del derecho; así se interpretaban en ellos con mas latitud las disposiciones de los que finaban (5). Podian dejarse en codicilos por el que no tenia testamento y por el que lo tenia, antes de la institucion de heredero y aun para despues de su muerte (6), é imponerse á los legatarios y fideicomisarios la carga de satisfacerlos (7). Lejos de necesitar palabras solemnes, valian cualquiera que fuera el idioma en que se dejaran (8), ó la manera de expresar la voluntad, aunque solo fuese un movimiento de cabeza, *nutu* (9). Debo advertir que solo he señalado aquí algunas de las diferencias principales que habia entre los legados y los fideicomisos.

Legata fideicommissis exæquare.—Cuanto en este párrafo se dice acerca de los fideicomisos debe entenderse de los singulares, esto es, cuando el testador rogaba á su heredero ó legatario, que diese á otro alguna cosa (10). La igualacion de los legados y de los fideicomisos se limita á los efectos: los nombres quedan subsistentes, sin embargo, aplicándose el primero á lo que el testador deja imperativa y directamente, y el segundo á lo que es dejado con fórmulas de ruego ó indirectas (11). Mas aun respecto de los efectos esta doctrina no carece de limitaciones: así quedó subsistente despues de la publicacion de la constitucion de Justiniano la antigua diferencia entre la libertad

(1) §. 281, Com. II de las Inst. de Cayo.
(2) §. 270.
(3) §. 8, tít. XXV de las Reglas de Ulpiano.
(4) §. 271 del Com. II de las Inst. de Cayo.
(5) §. 1, tít. XXV de las Reglas de Ulpiano.
(6) §. 8.
(7) §. 271 del Com. II de las Inst. de Cayo.
(8) §. 281.
(9) §. 3, tít. XXV de las Reglas de Ulpiano.
(10) §. 1.
(11) §. inicial del tít. XXIV de estas Inst.

directa, y la fideicomisaria (1), de que se ha hablado en otro lugar (2). Tampoco puede decirse que se hizo una verdadera igualacion en el modo de dejarse unos y otros, pues que al mismo tiempo que para los legados fueron necesarios lo menos cinco testigos, por tener que dejarse en testamento ó en codicilos, libres de esta traba los fideicomisos podian probarse por otro medio (3).

Quod deest legatis.—Esto quiere decir que la libertad y la amplia interpretacion que se daba á los fideicomisos se tuvieran como extensivas á los legados.

Si quid ampliùs est in legatis.—Aunque por regla general era mas lata la libertad de los fideicomisos, no impedia esto que carecieran los legados de ciertas ventajas que aquellos pudieran á su vez comunicarles; tales eran la traslacion del dominio, y la accion personal *ex testamentô.*

4 Non solùm autem testatoris *vel hæredis* res *sed et aliena* legari potest: ità, ut hæres cogatur redimere eam et præstare, vel *si non potest redimere,* æstimationem ejus dare (*a*). Sed si talis res sit *cujus non est commercium,* nec æstimatio ejus debetur, sicuti, si campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit; nam nullius momenti, legatum est (*b*). Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ità intelligendum est, *si* defunctus *sciebat, alienam rem esse,* non et, si ignorabat: forsitan enim, si scisset alienam, non legasset (*c*). Et ità divus Pius rescripsit; et «verius esse ipsum qui agit, id est, *legatarium, probare oportere* scisse alienam rem legare defunctum, non hæredem probare oportere, ignorasse alienam, quia sempèr necessitas probandi incumbit illi, qui agit» (*d*).

No solamente pueden ser legadas las cosas del testador, sino tambien las del heredero y las ajenas: respecto de estas últimas, el heredero está obligado á adquirirlas y darlas, ó, en caso de que no pueda adquirirlas, á satisfacer su estimacion (*a*). Pero si la cosa legada no está en el comercio, por ejemplo, el campo de Marte, las basílicas, los templos ó las demás destinadas al uso público, no se debe ni aun la estimacion, porque semejante legado es nulo (*b*). Cuando decimos que puede legarse la cosa ajena, debe sobreentenderse si el testador supiera que lo era, no si lo ignoraba, porque quizá no la hubiera dado á haber sabido la verdad (*c*). Así lo estableció en un rescripto el Emperador Pio: «al demandante, esto es, al legatario incumbe probar que el testador sabia que la cosa era ajena, no al heredero demostrar que el testador lo ignoraba, porque siempre la necesidad de probar es del que demanda» (*d*). 4

(1) §. 2 del tít. XXIV de este mismo Libro II.
(2) En el §. 1 del tít. V del lib. I de estas Inst.
(3) Ley 32 del tít. XLII, lib. VI del Cód.

ORIGENES.

(a) Tomado de Cayo. (§. 262, Com. II de sus Inst.)
(b) Conforme con Ulpiano. (§. 9, tít. XXIV de sus Reglas.)
(c) Conforme con una constitucion del Emperador Alejandro. (Ley 10, título XXXVII, lib. VI del Cód.)
(d) Conforme con Marciano. (Ley 2, tít. III, lib. XXII del Dig.)

Comentario.

Vel hæredis.—En el hecho de admitir la herencia el que ha sido instituido, acepta las obligaciones que el testador le ha impuesto en su última voluntad, con tal que sean lícitas y no disminuyan la porcion de bienes que le corresponde como legítima ó como cuarta falcidia.

Sed et aliena.—No es esto un atentado, ni siquiera una restriccion al dominio, pues que el dueño de la cosa legada no tiene obligacion de venderla al heredero: es solamente una obligacion alternativa que á este se impone de comprar la cosa para entregarla al legatario, ó darle la estimacion, cuando su adquisicion no sea fácil. Como el legatario no puede en este caso en virtud de la adicion de la herencia adquirir el dominio de la cosa legada, no tiene accion real para reivindicarla, sino una accion personal, para compeler al heredero á que cumpla la obligacion que el testador le impuso, y además la accion hipotecaria.

Si non potest redimere.—No se requiere precisamente que sea imposible de todas maneras al heredero adquirir la cosa legada; basta que tenga algun motivo fundado para excusarse de hecho: así sucederia si, por ejemplo, se le exigia por ella un precio exorbitante.

Cujus non est commercium.—No solo las cosas que se hallan fuera del comercio absolutamente (1), sino las que lo están bajo cierto aspecto, como los materiales empleados en los edificios (2), no pueden ser objeto de legados. En el caso de que la cosa no esté en comercio del testador ó del heredero, pero sí en el del legatario, valdrá la manda, porque en este es en el que se requiere la capacidad de adquirir.

Si sciebat, alienam rem esse.—Como dice el Emperador, poco despues, esta doctrina se funda en la presuncion de la voluntad del testador, que no es de creer quiso onerar á su heredero con la adquisician de la cosa legada. Tanto del tenor literal de este texto, como

(1) §§. 9 y 10 de la ley 39, lib. XXX del Dig
(2) §. 1 de la ley 41, lib. XXX del Dig.

de la razon mencionada, se infiere que es válida la manda de una cosa del heredero, aunque el testador la haya hecho en la errada persuasion de ser dueño. La presuncion de que el testador no habria legado en el caso de que hubiera sabido que la cosa era ajena, cesa siempre que otras mas fuertes aconsejen sostener su voluntad: así sucederia cuando la manda fuera en beneficio de una persona á quien es de creer que el testador hubiera favorecido, aun en el caso de haber sabido que la cosa correspondia á otro (1).

Legatarium probare oportere.—Al principio jurídico de que la carga de probar corresponde al que demanda, se agrega aquí la razon de que en el caso presente la presuncion de derecho está á favor del heredero.

5 Sed et, si rem *obligatam* creditori aliquis legaverit, necesse habet hæres luere. Et hoc quoquè casu idem placet, quod in re alienâ, ut ità demùm luere necesse habeat hæres, si *sciebat defunctus* rem obligatam esse: et ità divi Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus *voluit legatarium luere*, et hoc expressit, non debet hæres eam luere.

El heredero debe redimir la cosa 5
legada que estaba empeñada á un acreedor. En este caso sucede lo que en el legado de la cosa ajena, que el heredero debe redimirla si el difunto sabia el empeño: esto es conforme á un rescripto de los Emperadores Severo y Antonino. Sin embargo, si el difunto quiso que la desempeñase el legatario y lo expresó, no está obligado el heredero á la redencion.

ORIGENES.

Conforme con Paulo (§. 8, tít. VI, lib. III de sus Sentencias.)

Comentario.

Obligatam.—Bajo la palabra *obligatam* se comprende tanto la prenda como la hipoteca á que puede estar afecta la cosa legada.

Si sciebat defunctus.—Si ignorase el testador que la cosa estaba empeñada, el legado valdrá, pero la redencion corresponderá al legatario. Hay, sin embargo, algunos casos en que el heredero estará obligado á la redencion: estas excepciones se fundan en la presuncion de que el testador no habria dejado de hacer el legado, aunque hubiera sabido que la cosa estaba empeñada: así sucederia en el caso de que el legatario pudiera probar que tal era la voluntad del testador, el cual estaba dispuesto á hacerle un legado igual al valor del que le dejó; así tambien en el caso de que el importe de la deuda por la que la cosa

(1) Ley 10, tít. XXXVII, lib. VI del Cód.

estaba empeñada ó hipotecada, ascendiese á tanto que viniera á hacer inútil el legado (1).

Voluit legatarium luere.—La voluntad expresa del testador destruye en este caso la presucion de derecho que en su silencio la ley introduce.

6 *Si res aliena legata fuerit*, et ejus *vivô testatore* legatarius dominus factus fuerit: si quidèm *ex causâ emptionis*, *ex testamentô actione pretium* consequi potest: si verò ex causâ lucrativâ, veluti ex donatione, vel ex aliâ simili causâ, agere non potest (*a*). Nam traditum est, duas lucrativas causas *in eumdem hominem* et in eamdem rem concurrere non posse (*b*). Hâc ratione, si ex *duobus testamentis eadem res* eidem debeatur, interest, utrùm rem, an æstimationem ex testamentô consecutus est: nam si rem, *agere non potest*, quia habet eam ex causâ lucrativâ, si æstimationem, *agere potest* (*c*). Ea quoquè res, quæ in rerum naturâ non est, *si modò futura est*, rectè legatur, veluti *fructus, qui in illô fundô nati erunt*, aut quod ex illâ ancillâ natum erit (*d*).

Cuando el legatario hubiere adquirido por título de compra en vida del testador el dominio de la cosa ajena que le fué legada, puede adquirir el precio por la accion *ex testamentô*: mas si la adquisicion es por causa lucrativa, como por donacion ú otra semejante, no tiene accion alguna (*a*), porque es una regla tradicional que dos causas lucrativas no pueden acumularse acerca de una misma cosa en un mismo individuo (*b*). Por igual razon si una misma cosa se debe á alguno por dos diferentes testamentos, conviene distinguir si ha adquirido la cosa ó la estimacion, porque si ha conseguido la cosa, no tiene accion, puesto que la adquisicion ha sido por causa lucrativa; mas si ha adquirido la estimacion, le queda el derecho de reclamar la cosa (*c*). Son tambien objeto de manda las cosas que no existen en la naturaleza, con tal que puedan existir, como los frutos que producirá un campo señalado, ó el hijo que nacerá de determinada esclava (*d*). 6

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 7, ley 34, lib. XXX del Dig.)
(*b*) Conforme con Juliano. (Ley 17, tit. VII, lib. XLIV del Dig.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§. 3, de la ley 34, lib. XXX del Dig.)
(*d*) Tomado de Cayo. (§. 203, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Si res aliena legata fuerit.—Este párrafo es continuacion del que habla del (2) legado de cosa ajena, y por lo tanto se debe entender

(1) Ley 6, tit. XLII, lib. VI del Cód.: y ley 57, tit. XXX del Dig.
(2) El 4.

del caso en que el testador sabía que legaba lo ajeno, ó del en que una presuncion favorable al legatario sostuviera el legado.

Vivô testatore.—Lo mismo sucedería en el caso de que despues de la muerte del testador y antes de que el heredero diera al legatario la cosa que se le habia dejado, este la hubiera adquirido, pues que de lleno obran las razones en que se funda la doctrina del texto.

Ex causá emptionis.—El caso de venta está puesto por ejemplo, pues que esta regla es extensiva á todos los títulos onerosos.

Ex testamentô actione.—No puede tener el legatario accion real, porque esta se da contra el que posee, y aquí el mismo legatario es el poseedor.

Pretium.—No precisamente el precio verdadero de la cosa, sino el que por ella pagó: *quod abest*, como dice Ulpiano (1).

In eumdem hominem.—Aquí debe observarse que se usa de la palabra *homo* y no de la de *persona*, es decir, que la regla tradicional de que habla el texto se refiere á los individuos, no á las personas jurídicas. Esta diferencia es interesante en la constitucion de la familia romana, segun la que, como se ha visto, el jefe absorbia la representacion jurídica, viniendo por lo tanto á formar los hijos y los esclavos una misma persona con el padre y con el señor: como, pues, esta regla se limita solo al individuo, no se reputarán para los efectos del texto uno mismo el padre y el hijo, y el señor y su esclavo, sino como personas diferentes (2).

Duobus testamentis.—Esto es, en los testamentos de dos personas diferentes.

Eadem res.—La doctrina del texto se limita al caso en que dos testadores hayan legado una misma cosa determinada; pues si fuesen dos legados de igual cantidad ó de igual género, por ejemplo, cien aureos ó cien modios de trigo, las dos mandas serán subsistentes.

Agere non potest, agere potest.—Fúndase esto, en que en la cosa implícitamente está su valor; pero por el contrario, el que tiene el valor de la cosa, no tiene la misma cosa (3).

Si modò futura est.—El legado de las cosas que no existen ni pueden existir, es inútil.

Fructus qui in illô fundô nati erunt.—En el caso de que nada naciere de la heredad señalada, nada deberá el heredero, y si produjere menos de la cantidad expresada en la manda, solo estará

---

(1) §. 7 de la ley 34, lib. XXX del Dig.
(2) §. 1 de la ley 108, lib. XXX del Dig.
(3) Ley 88, tit. XVI, lib. L del Dig.

obligado á satisfacer su producto: así puede decirse que, aunque este legado sea puro en su forma y en sus efectos, tiene implícita una condicion de la que depende su pago. Pero si la designacion del predio no fuera para *tasar* sino para *demostrar*, como dicen los autores, esto es, si apareciera de las palabras en que estaba redactada la voluntad del testador, que su intencion al señalar la heredad no fué limitar á su producto la manda, entonces, cualquiera que fuesen los productos del predio, se deberá el legado.

8 Si *eadem res* duobus legata sit *sive conjunctìm*, *sive disjunctìm*: si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: *si alter deficiat*, quia aut sprevèrit legatum, aut *vivô testatore decesserit*, aut aliô quôlibet modô defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctìm autem legatur, veluti si quis dicat: TITIO ET SEIO HOMINEM STICHUM DO LEGO; disjunctim ità: TITIO HOMINEM STICHUM DO LEGO, SEIO STICHUM DO LEGO. Sed et si expresserit, EUMDEM HOMINEM STICHUM, æquè disjunctìm legatum intelligitur.

Si se ha legado á dos una misma cosa, ó bien conjunta, ó bien separadamente, y los dos concurren á percibir el legado, este se divide entre ellos. Si falta alguno, ó porque rehusare el legado, ó porque ha muerto antes del testador, ó por cualquier otra causa, todo el legado corresponde al colegatario. Conjuntamente se lega cuando uno dice: DOY, LEGO EL ESCLAVO STICO Á TICIO Y Á SEYO, y separadamente en estos términos: DOY, LEGO Á TICIO EL ESCLAVO STICO: DOY, LEGO STICO Á SEYO. Mas aunque expresase que era EL MISMO ESCLAVO STICO, se entiende que está legado separadamente. 8

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§. 199, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Eadem res.—Este texto se refiere á la sutil doctrina del derecho de acrecer en los legados, esto es, á la *agregacion de las partes de una manda dejada á varios colegatarios, cuando falta uno de ellos.* Hay, como advierte el texto, dos clases de union que dan orígen á la nomenclatura de *conjuntos* y *disjuntos* de que habla: unos y otros están llamados á la misma manda, *eadem res*, pues que el derecho de acrecer no tiene lugar entre aquellos á quienes el testador ha dejado cosas diferentes.

Sive conjunctìm sive disjunctìm.—Paulo (1) clasifica de otro modo la conjuncion, si bien viene á darnos en la práctica el mismo re-

(1) Ley 142, tít. XVI, lib. L del Dig.

sultado: Segun él, hay conjuntos en la cosa, *re conjuncti*, conjuntos en la cosa y en la fórmula, *re et verbis conjuncti*; y conjuntos solo en la fórmula *verbis tantùm* ó *verbis, non etiàm re, conjuncti*. Llama *conjuncti re*, á los que el texto comprende bajo la palabra *disjuntìm*, esto es, á aquellos á quienes se ha legado la misma cosa en cláusulas separadas, como: *lego mi esclavo Stico á Ticio, lego mi esclavo Stico á Seyo*. Los *conjuncti re et verbis* á los que señala el párrafo que comento con la palabra *conjunctìm*, son los que están unidos en la cosa y en la cláusula, como si dijera el testador, *lego mi esclavo Stico á Ticio y á Seyo*. Los conjuntos solo en la fórmula, *verbis tantùm* ó *verbis, non re*, son aquellos á quienes se legó la misma cosa, pero expresando las partes que debia percibir cada uno de ellos: por ejemplo, *lego á Ticio y á Seyo por partes iguales tal heredad*.

Si alter deficiat.—No basta la conjuncion para que haya derecho de acrecer, es necesario además que falte una de las personas que han sido comprendidas en el mismo llamamiento, *alter deficiat*, ó bien porque no haya aceptado, ó bien porque haya fallecido antes que el testador, ó de cumplirse la condicion, ó por haberse incapacitado legalmente.

El derecho de acrecer no se limita á los legados, sino que es comun á las herencias, mas los principios en que se funda en aquellos y en estas, y las reglas que de aquí fluyen como consecuencias, son diferentes, y por lo tanto, requieren diversas explicaciones. A peligro de ser tachado de poco metódico, las expondré en este lugar porque dificilmente encontraré otro mas adecuado en la série de mi trabajo.

Los principios romanos de que no podia uno morir en parte testado é intestado en parte, como se ha dicho anteriormente, y de que á nadie era lícito tener una parte en la herencia, y repudiar otra cuando no habia mas herederos (1), hacian necesario el derecho de acrecer en las herencias, pues que de otro modo no quedaria salva la integridad de esas máximas jurídicas. Así es que, atendido el rigor del derecho, el testador no podia prohibirlo directamente; para hacerlo tenia que acudir á un medio indirecto, por ejemplo, nombrando un sustituto (2). Por esto el derecho de acrecer tenia lugar en virtud de la misma ley, *ipsô jure*, sin conocimiento (3) y aun contra la voluntad de los herederos (4), y no requeria por lo tanto la aceptacion de

---

(1) Leyes 1 y 2, tit. II, lib. XXIX del Dig.
(2) Ley 55, lib. XXX del Dig.
(3) Ley 31, tit. II, lib. XXIX del Dig.
(4) §. Inicial de la ley 35; y §. 1 de la ley 53, tit. II, lib. XXIX del Dig.

la porcion vacante. Esta acrecia á cada uno de los coherederos, si varios lo habian sido de hecho, con todas las cargas que sobre ella pesaban, *cum omni onere* (1). En virtud de esta necesidad, el derecho de acrecer tenia lugar tanto en la sucesion testada como en la intestada, tanto en la que competia por derecho civil, como en la que era sostenida por la equidad del pretor; mas no era aplicable mientras habia trasmisarios ó sustitutos del que faltaba (2), ni cuando estaba limitada por la ley la porcion del heredero de modo que no pudiera aumentarse, como sucedia con la viuda pobre (3).

Establecidas estas doctrinas comunes á la sucesion testada é intestada, advertiré algunas cosas peculiares á la testada. En ella cuando la institucion es solo de una de las clases de conjuntos *re* ó de conjuntos *re et verbis*, la parte del que falta acrece á las demás por partes iguales; fúndase esto en que la voluntad del testador los ha llamado á la herencia del mismo modo y en la misma proporcion. Si son conjuntos *verbis tantùm*, la parte vacante acrecerá proporcionalmente á lo que el testador designó á cada uno, puesto que el que señala partes en la herencia, se entiende que implícitamente las hace en la parte que quede sin adir. Mas cuando concurren conjuntos de diferentes clases, se siguen otras reglas. Si la parte vacante correspondia á un conjunto *re et verbis*, solo acrece á los conjuntos de la misma clase; mas si pertenecia á un conjunto *re tantùm*, acrece á los de todas clases; y por lo tanto á los *re et verbis*, si bien estos se reputarán como una sola persona. Fúndase esto, en que el testador al unir á estos últimos tan extrechamente en contraposicion á los demás de que hizo llamamientos separados, ó bien por la expresion de partes, ó bien por la fórmula, los quiso considerar, segun presume la ley, como una sola persona, y no debe por lo tanto dárseles mas que una sola parte en el último caso (4), y en el segundo no llamarse á participar á los demás.

Si respecto de algunos de los coherederos no se hubiese expresado la parte en que son llamados á la sucesion, y hubiere otro que la tuviere señalada, ó cuya institucion consistiese en cosa designada especialmente, este último no tendrá el derecho de acrecer (5) como no sea el único heredero que quede, pues entonces, segun lo que en otro lugar se ha expuesto, será heredero del todo.

Al concluir de hablar del derecho de acrecer en las herencias,

---

(1) §. 1 de la ley 61, lib. XXXI del Dig ; ley 4, tit. XLIX, lib. VI; y §§. 4 y 10, ley inicial, tit. LI, lib. VI del Cód.

(2) §§. 13 y 14, de la ley única, tit. LI, lib. VI del Dig.

(3) Capitulo 6 de la nov. 53, y cap. 5 de la 115.

(4) Leyes 1 y 2, tit. II, lib. VII del Dig.; y §. 10 de la ley única, tit. LI, lib. VI del Código.

(5) Ley 13, tit. XXIV, lib. VI del Cód.

debo advertir que algunos autores, no sin cierta propiedad, le han dado la denominacion de *derecho de no decrecer*; porque considerándose cada uno de los institutos llamados á toda la herencia, y dividiéndola solo por razon de concurrir diferentes á ella, mas bien puede decirse que la falta de uno impide que se disminuyan ó decrezcan las porciones de los que quedan (1).

Hablaré ahora del derecho de acrecer en los legados. Su orígen no es el principio de necesidad, sino la presuncion de la voluntad del testador. Debo hacer aquí una ligera reseña de las disposiciones que acerca de él rigieron en las diferentes épocas. Primitivamente cuando se dejaba una manda con la fórmula *per vindicationem*, tenia lugar el derecho de acrecer entre los conjuntos, ó bien lo fueran solamente *re*, ó bien *re et verbis:* la razon de esto es, porque cada uno de los colegatarios habia adquirido la propiedad *solidaria* (2) de la cosa, *in solidum habebant*, si bien por la conjuncion tenian que dividirla. Entonces podia decirse lo que antes he manifestado hablando de la herencia, que mas habia derecho de no decrecer que derecho de acrecer. Esto no era aplicable á los conjuntos *verbis tantùm*, porque los que se hallaban en este caso no estaban llamados á la propiedad solidaria de la cosa, sino solo á una parte indivisa.

Pero el legado *per damnationem* nunca atribuia derecho de acrecer, lo cual era consecuencia natural de los efectos que producia: segun se ha dicho antes, semejante manda no daba la propiedad, sino solo una accion personal en virtud de la que podia el heredero ser compelido á ejecutar lo dispuesto por el testador, es decir, constituia un crédito á favor del legatario; el legado dejado á varios era por lo tanto un crédito comun y divisible por su propia naturaleza: así dicen elegante y exactamente los fragmentos vaticanos (3), *damnatio partes facit.* Pero esta division de partes hecha solamente en virtud de la naturaleza de la manda, se limitaba al caso en que el testador hubiera unido en la fórmula á los colegatarios, ó bien fuera sin expresion de partes, *re et verbis*, ó con ella, *verbis tantùm*, pues solo entonces tenian el carácter de conjuntos en el crédito. Pero si eran conjuntos; *re tantùm*, se consideraban tantos créditos cuantas eran las cláusulas de llamamiento, y el heredero estaba obligado á dar por cada una de ellas, ó la cosa legada, ó su es-

---

(1) §. 199 de las Inst. de Cayo; y §. 12 del tít. XXIV de las Reglas de Ulpiano.

(2) La Academia española no ha incluido esta palabra en su Diccionario, sin duda porque no es de uso comun, y sí solo facultativa. La adopto, sin que por esto dispute acerca de su pureza, porque evita apelar á rodeos que pudieran alguna vez producir confusion, y me parece mas aceptable que la de «in solidum,» que es la que usan muchos juristas. Podria además corroborar el uso del epíteto «solidario» con el ejemplo de escritores y con el de las escuelas del derecho y con el foro.

(3) §. 85.

timacion (1). No era tan unánime la opinion de los antiguos jurisconsultos respecto del derecho de acrecer en los legados dejados bajo las fórmulas *sinendi modô*, como dice Cayo, consignando las divergencias y sus motivos (2): me limito á esta indicacion para no ir demasiado lejos de mi propósito. Por último, en el legado *per præceptionem* no habia derecho de acrecer.

La ley Papia Poppea introdujo gran variacion en el derecho de acrecer, buscando este como otros medios para poner coto á la corrupcion de las costumbres y alentar la multiplicacion de los matrimonios. En virtud de ella, como dice Cayo, *la porcion del que faltaba se hacia caduca y pertenecia á aquellos de los favorecidos en el testamento, que tuvieran hijos* (3). *Agrégase á esto que para la reivindicacion de las mandas caducas debian ser preferidos los herederos con hijos, y no habiéndolos en este caso, los legatarios que los tuvieran; sin embargo, por la misma ley Papia el colegatario conjunto que tenia hijos, era preferido á los herederos que estaban en el mismo caso* (4). He trasladado aquí estos fragmentos de Cayo, porque sirven para disipar errores en que han incurrido grandes jurisconsultos que privados de las preciosas Instituciones que sirvieron en gran parte de modelo á las de Justiniano, han supuesto que la ley Papia aplicaba desde luego al fisco los bienes caducos, siendo así que lo hacia solamente en último término. Pero para la completa inteligencia de esta materia debo dar algunas mas explicaciones. La palabra *caducus* viene *à cadendô*, y se aplicaba á la disposicion testamentaria, que siendo válida, atendido el rigor del derecho antiguo, caia, digámoslo así, de las manos de la persona favorecida por consecuencia de la ley Papia Poppea. De la palabra *caducus*, que era un adjetivo que calificaba la caida de la disposicion testamentaria, se hizo luego el sustantivo *caduca*, para designar únicamente la que estaba en semejante caso. La denominacion no se aplicaba á las disposiciones que decaian por efecto del derecho anterior á la ley Papia Poppea; pero como estas se rigieron despues, en lugar de las antiguas reglas de acrecer, por las de los caducos, introducidas por la ley Papia, si bien no se les llamó *caducas*, se dijo que tenian la condicion de tales: *in causâ caduci* (5). Del tenor textual de las palabras de Cayo traducidas antes, se deduce que en virtud de la ley Papia Poppea no habia realmente derecho de acrecer, sino una adquisicion nueva, *jus caduca vindicandi*, hecha por el ministerio de

(1) §. 202, del Com. II de las Inst. de Cayo.
(2) §. 215.
(3) §. 206.
(4) §. 207.
(5) §§. 2, 4 y 9, ley última del tít. LI, lib. VI del Cód.

la ley, *lege*, como dice Ulpiano (1), y que no existia diferencia en el derecho de vindicar los caducos por razon de las fórmulas con que se dejaban, ni por la diversa clase de conjuncion, pues que el órden gradual establecido era: 1.° el legatario conjunto que tenia hijos: 2.° el heredero que tenia hijos: 3.° los legatarios no conjuntos que tenian hijos. En defecto de herederos ó legatarios que tuvieran hijos, la parte del que faltaba iba al fisco, al que por una constitucion del Emperador Antonino Caracalla, reformadora de la ley Papia Poppea, se adjudicaron despues todos los bienes caducos, conservando, sin embargo, á los descendientes y ascendientes sus antiguos derechos (2), cuya integridad ya les habia sido garantida por la ley Papia (3). De lo que dejo expuesto se infiere que el heredero ó el legatario que tenia derecho de reivindicar los bienes caducos, gozaban de plena libertad para rehusarlos, y que la aceptacion era con los cargos y obligaciones impuestas á la manda (4), pues que esta era una nueva adquisicion.

Corresponde ahora tratar del derecho de acrecer en tiempo de Justiniano, el que expresamente suprimió las leyes caducarias (5) ya muy menguadas cuando fué elevado al Imperio.

Diferente es el principio que preside al derecho de acrecer en las mandas y en las herencias. En estas, como antes se ha dicho, proviene de la necesidad jurídica que no permitia que en parte heredaran los herederos instituidos, y en parte los legítimos; en los legados es solamente resultado de la interpretacion de la voluntad del testador, que se supone haber querido que cada uno y todos aquellos á quienes dejaba una manda conjuntamente, tuvieran la cosa en que consistia con preferencia al heredero. Cesa por lo tanto entre ellos el derecho de acrecer siempre que el testador así lo determina, porque no es lícito acudir á conjeturas, que en lugar de ser conformes con su voluntad, vengan á anularla.

Pero para que haya lugar entre los colegatarios al derecho de acrecer por la muerte de uno, es necesario, además de lo expresado, que este haya fallecido antes que el testador, porque por el mero hecho de sobrevivirle trasmite su parte de legado á sus herederos, é impide así que la reciban los que con él fueron llamados á la manda. Fúndase esto en que el dia del legado *cede* á la muerte del testador; explicaré mas adelante qué se entiende por *ceder* y por *venir* el dia en los lega-

---

(1) §. 17 del tít. XIX de sus Reglas.
(2) §. 2, tít. XVII de las Reglas de Ulpiano.
(3) Título XVIII de las Reglas de Ulpiano.
(4) §. 3, tít. XVII de las Reglas de Ulpiano.
(5) Ley única, tít. L, lib. VI del Cód.

dos; doctrina interesante, porque es clave que sirve para resolver algunas dificultades.

Esto supuesto, conviene tener presente la diferencia que hay en el modo de acrecer en los legados, entre los que el texto llama *conjunctos*, que son los conjuntos *re et verbis*, y los *disjunctos*, ó conjuntos *re* solamente. En la conjuncion *re*, la parte del colegatario que falta, ó por haber muerto antes que el testador, ó por haber renunciado á la manda, ó por otra causa, acrece á la del que le sobrevive y acepta su parte, y esto aun contra su voluntad, pero sin carga. Por el contrario, en la conjuncion *re et vèrbis*, es voluntario el derecho de acrecer, y el colegatario que acepta la parte de otro, está obligado á satisfacer las cargas que impuso el testador al que no llegó á obtener la manda. Consiste la razon de diferencia en que los conjuntos *re tantùm*, vienen á la manda en virtud del llamamiento solidario que se les hizo, y por lo tanto sin estar sujetos á las cargas que á otros impuso el testador; pero los conjuntos *re et verbis*, tienen el derecho de acrecer en virtud de una ficcion de sustitucion que hace la ley, y así están facultados para repudiarla, si bien aceptándola quedan obligados al pago de las cargas que sobre sí tiene (1). Por esto se ha dicho con bastante propiedad que en el primer caso decrecia el legado, al paso que en el segundo acrecia.

Si fueran mas de dos los colegatarios, la parte de uno que faltara acreceria á los demás en proporcion á la que á cada uno se le hubiera dejado en el todo (2). Y si entre ellos hubiese algunos que fueran conjuntos *re tantùm*, y otros *re et verbis*, estos últimos tendrian preferencia entre sí, y excluirian á los primeros en caso de que faltase uno de su clase: mas si el que faltara, fuese de los conjuntos *re tantùm*, acrece á todos, reputándose los conjuntos *re et verbis* como una sola persona, segun se ha dicho al tratar del derecho de acrecer en la herencia. Pondré algunos ejemplos para ilustrar mas esta doctrina. Supóngase que el testador hubiera dicho: *lego á Ticio, á Seyo y á Sempronio mi fundo tusculano*; *lego á Cayo el fundo tusculano*, *lego á Marco el fundo tusculano*, *lego á Lucio el fundo tusculano*. Si faltara uno de los conjuntos *re et verbis*, por ejemplo, Ticio, corresponderia su parte á Sempronio y á Seyo con igualdad: por el contrario, si faltase Marco, su parte se subdividirá en tres, una para Cayo, otra para Lucio, y otra para Ticio, Seyo y Sempronio. Puede conocerse que la razon de diferencia en estos casos consiste en que cada cláusula se conceptúa bajo cierto aspecto como una manda

---

(1) §. 11 de la ley única tít. LI, lib VI del Cód.
(2) Principio de la ley 41, lib. XXXI del Dig.

distinta, y de consiguiente, los que están en ella son reputados con derecho preferente á los que se hallan en otra; esta es la misma presuncion de la voluntad del testador de que he hecho mencion al presentar este mismo caso con respecto á la herencia.

Por regla general cuando fallece el colegatario que sobrevivió al testador y aceptó la manda, no hay derecho de acrecer, porque pasa la parte de manda adquirida por el colegatario que fallece á sus herederos, segun queda dicho. Mas esta doctrina no es aplicable al legado de usufructo, porque por la muerte de uno de los colegatarios que ha llegado á disfrutarlo, acrece á los demás colegatarios. Fúndase esto en que el usufructo no es trasmisible á los herederos del usufructuario, y además en que se presume que la voluntad del testador es que cada uno de los colegatarios pueda obtener la totalidad del usufructo. Hay tambien de singular en esta clase de legados, que el usufructo acrece aun para el colegatario que ya ha perdido su parte (1).

La conjuncion *verbis tantùm* no es verdadera conjuncion: los colegatarios no están realmente unidos en la cosa, porque la voluntad del testador los ha separado al expresar la parte que ha querido que tenga cada uno; parece por lo tanto que no debia dar lugar al derecho de acrecer. Debe, sin embargo, confesarse que esta opinion es por lo menos dudosa: impúgnanla autores de gran nota, y entre ellos Donneau, Vinnio y Antonio Gomez. El mismo jurisconsulto Paulo, á pesar de que dice (2) hablando de esta clase de conjuntos, *sempèr partes habent legatarii*, lo que equivale á decir que no hay verdadera conjuncion entre ellos, se inclina, al parecer, poco despues á desvirtuar lo mismo que antes manifestara (3): Pomponio está mas explícito á favor de la conjuncion. Creo que en este punto no puede establecerse una regla absoluta: la division que hace el testador puede tener alguna vez por objeto salir al encuentro de futuras cuestiones, diciendo expresamente que tengan por partes iguales lo que, sin necesidad de decirse, de hecho ha de suceder: entonces solo confirma la presuncion legal que iguala las partes no designadas cuando él nada hubiera expresado, y no tiene por objeto negar el carácter de conjuntos á los colegatarios. Fuera de este caso la conjuncion *verbis tantùm* no da á mi juicio el derecho de acrecer. Así esta cuestion viene á ser de interpretacion de voluntad y de hecho, sobre la que no es fácil fijar reglas generales.

---

(1) §. 1 de la ley 33, del tit. I; y ley 10 del tit. II, lib. VII del Dig.
(2) Ley 89, lib XXXII del Dig.
(3) §. 2 de la ley 16, lib. XXX del Dig.

Vivô testátore decesserit.—Aquel á quien se dejó una manda, si muere ó se incapacita antes que el testador, no la trasmite á sus herederos. Fúndase esto en que no habia adquirido ningun derecho á ella, ó como dicen los jurisconsultos, no habia *cedido* aun *el dia* del legado.

Lugar oportuno es este de explicar la significacion de las frases *cedere diem* y *venire diem*, usadas con frecuencia por los jurisconsultos, y de cuya inteligencia depende en gran parte la explicacion de este texto y de otros posteriores.

Cede el dia, *dies cedit*, cuando la cosa se empieza á deber; viene el dia, *dies venit*, cuando puede pedirse (1). Al *ceder el dia* nace el derecho; al *venir el dia* el derecho puede ejercitarse. Esta doctrina no es especial á este lugar, sino extensiva tambien á las obligaciones. Me limitaré aquí solo á tratar de ella con relacion á los legados.

El efecto principal de *ceder el dia* consiste en que radicándose ya el legado en el legatario, sea trasmisible á sus sucesores en los casos en que el mismo legatario lo hubiera percibido si viviera. Distintas reglas hay para el caso de *ceder* y el de *venir el dia*, segun que los legados se hacen puramente, á dia cierto, ó bajo condicion. En los legados puros *el dia cede* y *viene* en el momento de la muerte del testador, y por lo tanto se trasmite á los herederos, aunque el legatario muera antes de la adicion de la herencia (2). En los dejados á cierto dia *cede* tambien *el dia* desde la muerte del testador (3), pero no *viene* hasta que llega el término señalado en la postrimera voluntad. Si el legado es condicional ó á dia incierto, que, como se ha dicho en otro lugar, equivale á una condicion, el dia del legado *cede* y *viene* cuando existe la condicion ó llega el dia, y por lo tanto, mientras están pendientes, ni se debe el legado, ni se trasmite á los herederos (4).

Los principios que acabo de exponer, no son aplicables al legado que se deja al esclavo propio con la libertad, ni á las servidumbres personales. El esclavo manumitido en testamento por su dueño no adquirirá la manda, aunque sea pura, antes de la adicion de la herencia, porque hasta entonces no obtiene la libertad, y por consiguiente ni la capacidad para adquirir (5). En las servidumbres personales sucede lo mismo; la razon es, porque no trasmitiéndose á los sucesores, inútil seria separar el nacimiento del derecho de la fa-

---

(1) Ley 213, tit. XVI, lib. L del Dig.
(2) §. 1 de la ley 5, tit. II, lib. XXXVI del Dig.
(3) Dicho párrafo.
(4) Ley 4, §. 2 de la ley 5 del mismo título y libro.
(5) Ley 8 del mismo título y libro.

cultad de exigirlo (1). Es claro que ni aun despues de la adicion será trasmisible el derecho sobre estas servidumbres, porque se extinguen con la persona de aquel á cuyo favor están constituidas: pero la trasmision en este caso tendrá fuerza con respecto á los frutos adquiridos ya antes de su muerte.

De lo dicho puede inferirse que la separacion que se hace en los legados entre *ceder* y *venir el dia*, tenia en muchos casos por objeto evitar que el heredero fuese dilatando la adicion de la herencia con la esperanza de verse libre de pagar los legados, si muriesen antes que él los legatarios. Puede tambien conocerse la razon de no establecerse la misma doctrina respecto á los herederos, que muriendo sin haber adido la herencia no la trasmitirán á sus sucesores, porque culpa suya es el haberlo dilatado, y justo por lo tanto que sufran las consecuencias de su negligencia.

9 *Si cui* fundus alienus legatus fuerit, et emerit proprietatem detractô usufructu, et ususfructus ad eum pervenerit, et posteà ex testamentô agat, rectè eum agere, et *fundum petere* Julianus ait, *quia usufructus in petitione servitutis locum obtinet*, sed *officiô judicis* contineri, ut deductô usufructu jubeat æstimationem prestari.

Si aquel á quien se legó la heredad ajena, hubiere comprado con posterioridad la nuda propiedad deducido el usufructo, y el usufructo despues viniere á él, podrá muy bien, segun Juliano, entablar la accion *ex testamentô* pidiendo la heredad, porque en tal demanda el usufructo no figura mas que como una servidumbre; pero al oficio del juez corresponde mandar pagar la estimacion de la cosa legada, deducido el usufructo. 9

ORIGENES.

Conforme con Juliano. (§§. 2 y 3, ley 82, lib. XXX del Dig.)

Comentario.

Si cui.—Este párrafo debe considerarse como una continuacion del sexto de este título, porque hace extensivo á las partes de un mismo legado lo que antes dijo con relacion al todo. Así cuando uno adquiere por título lucrativo una parte de la manda y la otra por título oneroso, se extinguirá en parte el legado y en parte quedará subsistente, pudiendo conseguir el precio; porque aunque el usufructo consiste en derecho y no en parte, sin embargo, como produce utilidades, se reputa de hecho como parte (2).

(1) Leyes 3 y 9 del mismo título y libro.
(2) §. 6 de la ley 66, lib. XXXI del Dig.

Fundum petere.—Dos cuestiones resuelve aquí el Emperador siguiendo á Juliano. Es la primera si el legatario tiene el derecho de reclamar la heredad legada cuya mera propiedad compró, habiendo obtenido el usufructo á título gratuito: resuélvela diciendo que puede pedir la misma heredad y no su valor, y se funda en que la heredad fué lo que se le dejó; pues aunque el legatario sea ya dueño de la cosa, por el hecho de haber desembolsado el precio se reputa que no la tiene con relacion á los herederos que son los encargados de proporcionársela. La segunda cuestion es si por pedir la propiedad de esta manera deberá perder la accion, considerándolo incurso en la pena que el derecho romano señala á los que piden mas de lo que se les debe: la decision, como se ha podido observar, es que semejante demanda no irroga tales perjuicios al que la entabla.

Quia usufructus in petitione servitutis locum obtinet.—El principio de que cuando parece ambigua la intencion del demandante debe creerse que pide lo que le es mas útil (1), sirve de fundamento á la doctrina del texto: por esto en el presente caso bajo la palabra *fundus* se dice que solo se ha querido pedir la nuda propiedad, considerando al usufructo como separado de ella, es decir, como una servidumbre. Así se lee en el jurisconsulto Paulo (2): *decimos, con razon, que es nuestra toda una heredad, aunque el usufructo sea ajeno, porque el usufructo no es una parte del dominio sino una servidumbre, y no aseguramos falsamente que es nuestro todo aquello en que ninguno otro puede decir que tiene parte.* De notar es que la palabra *fundus* se toma de distinto modo en boca del testador y en la del legatario: en la del testador significa la propiedad plena; en la del legatario, en el caso de que habla el texto, se entiende con deduccion del usufructo.

Officiô judicis.—La estimacion de la heredad no puede ser objeto directo de la demanda, porque es la heredad, y no la estimacion de ella, lo que ha legado el testador. Aunque por regla general el juez debe acomodarse en la sentencia á aquello que se le ha pedido en la demanda, algunas veces por motivos graves puede separarse de esta, y especialmente cuando hay una imposibilidad material de entregar la cosa legada. Aquí sucede lo mismo que en la conmixtion de que he hablado en el párrafo 28 del título I de este Libro.

10 *Sed si rem legatarii* quis ei legaverit, *inutile legatum est*, quia,

Es inútil el legado que se hace á alguno de lo que ya le pertenece, 10

(1) Ley 66, tít. I, lib. V del Dig.
(2) Principio de la ley 25, tít. XVI, lib. L del Dig.

quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest; et, *licèt alienaverit eam, non debetur*, nec ipsa, nec æstimatio ejus.

porque lo que es propio no puede hacerse mas propio, y así, aunque el legatario enajene la cosa legada, ni se le deberá esta, ni su estimacion.

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano, (§. 2, ley 41, lib. XXXI del Dig.); y con Papiniano (§. 6, ley 66, lib. XXX del Dig.)

Comentario.

Sed si rem legatarii.—Tambien este texto es continuacion del párrafo sexto del presente título: trátase en él del legado de una cosa que era del legatario al tiempo de otorgarse el testamento, y del de aquella que no le pertenecia entonces, pero que adquirió despues. Ha de tenerse en cuenta que la inutilidad del legado de la cosa que ya es del legatario, debe entenderse en el caso de que le pertenezca plena y absolutamente: así es que si el testador ú otra persona tuviese un derecho real en ella, el legado será subsistente en la parte de derecho de que carezca el legatario. Por lo tanto, si aquel á quien se legó una casa solo es señor del suelo, el legado subsistirá en lo que á la superficie se refiere (1). Lo mismo parece que debe decirse en el caso que el usufructo y la propiedad de la finca radiquen en diferentes personas; porque el que teniendo ó el dominio ó la servidumbre, es nombrado legatario de la misma cosa, tendrá el derecho de compeler al heredero á que le dé lo que le falta para ser señor absoluto de la heredad (2). Por razones análogas dice (3) Justiniano mas adelante, que el acreedor puede legar al deudor la libertad de la deuda.

Inutile legatum est.—La doctrina que aquí se establece, puede considerarse como una ampliacion del párrafo cuarto de este título Díjose en él que no era consistente el legado de cosas que no estaban en el comercio: lo que es del legatario no está absolutamente fuera del comercio, pero si con respecto á él cuando se trata de su adquisicion porque no es posible adquirir de nuevo lo que ya constituye una parte de nuestros bienes. El texto, pues, establece la nulidad del legado, porque se hace de ejecucion imposible.

Licèt alienaverit eam, non debetur.—Una regla del derecho dice que lo que es vicioso en su orígen no puede prevalecer por el trans-

(1) §§. inicial y 4 de la ley 86, lib. XXX del Dig.
(2) §. 2 de la ley 76, lib. XXXI del Dig.
(3) §. 13 de este mismo título de las Inst.

curso del tiempo: *quod initiô vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (1). Esta regla tenia lugar tanto en las instituciones de heredero como en las demás disposiciones testamentarias (2): de su aplicacion nunca se dudó con respecto á la herencia, porque las instituciones de heredero estaban regidas por los principios de la antigua mancipacion; pero no estaba tan claro si el principio de los legados se debia referir al tiempo de la muerte ó al de la formacion del testamento, por lo que fué necesario establecer la *regla Catoniana*, extendiendo especialmente á los legados lo que respecto á las herencias estaba fuera de cuestion. Denominóse asi esta regla por deber su orígen á uno de los Catones: segun ella toda manda que seria inútil, si al tiempo de la formacion del testamento hubiera muerto el testador, no valia despues cualquiera que fuese el tiempo en que falleciera. *Quod si testamenti facti tempore decesserit testator, inutile foret, id legatum, quandocumquè decesserit, non valere* (3). Fúndase esta regla en la voluntad presunta del testador, porque se considera que si al tiempo de otorgar su última disposicion nada se opone á la ejecucion de la manda, desea que el legado quede cumplido, cualesquiera que sean las dificultades que sobrevengan; y por el contrario, que si al testar hay obstáculos para su ejecucion, legó por haberlos ignorado, de suerte que á tener conocimiento de ellos, otra hubiera sido su voluntad. En la regla Catoniana hay ficcion legal que consiste en formar de las dos épocas, la del otorgamiento del testamento y la de la muerte del testador, una sola, haciendo desaparecer el intervalo que las separa. El jurisconsulto Celso (4), despues de definir la regla Catoniana, dice que la definicion es falsa en ciertos casos: *Quæ definitio in quibusdam falsa est*; conviene, pues, no perder de vista que no es inflexible, como tampoco lo es la regla del derecho tan íntimamente enlazada con ella, segun queda expuesto.

La regla Catoniana solo tiene lugar en aquellos legados que son trasmisibles á la muerte del testador, por ceder entonces el dia: respecto de ellos obra completamente el motivo que, segun queda expuesto, sirvió de fundamento para introducirla. No es aplicable á las mandas condicionales (5), porque desde el momento que subordina el testador el cumplimiento de los legados á una condicion, no los destina á producir un efecto inmediato, sino á que tengan cumplimiento mas tardío y eventual, y por lo tanto no repara en los obstáculos que

(1) Ley 29, tít. XVII, lib. L del Dig.
(2) Leyes 201 y 210, tít. XVII, lib. L del Dig.
(3) §. inicial de la ley 1, tít. VII, lib. XXXIV del Dig.
(4) El mismo §. inicial.
(5) §. 1 de la ley 1, tít. VII, lib. XXXIV del Dig.

en el momento de la muerte pueden oponerse á su ejecucion. Por razones análogas no es aplicable á todos aquellos legados en que el dia cede despues de la adicion de la herencia (1).

11 Si quis *rem suam quasi alienam* legaverit, valet legatum: *nam plùs valet, quod in veritate est, quàm quod in opinione.* Sed et si legatarii putavit, valere constat, *quia exitum voluntas defuncti potest habere.*

Si alguno legase alguna cosa suya creyendo que era ajena, vale el legado, porque tiene mas fuerza la verdad que la creencia: lo mismo acontece si la reputó del legatario, porque la voluntad del testador puede ser cumplida. 11

ORIGENES.

Conforme con Juliano. (§. 1, ley 4, tít. II, lib. XL del Dig.)

Comentario.

Rem suam quasi alienam.—Queda dicho antes que en el caso de que el testador legue la cosa ajena creyendo que es suya, no vale la manda por la presuncion de que no la hubiera dejado sabiendo la verdad. Fundado el Emperador tambien en la presuncion, establece aquí lo que debe observarse en el caso opuesto, esto es, cuando el testador legó lo propio creyendo que era ajeno, y decide que valga el legado. La verdadera razon de esto consiste en que si creyendo el testador que la cosa era ajena la legó, y gravó á su heredero con la obligacion de adquirirla, es de presumir que con mucha mayor razon la hubiera legado si supiera que era suya. El motivo que da Justiniano de que tiene mayor fuerza la verdad que la creencia, está mal aducido para fundar la primera parte del texto, como ya advirtieron Bachovio y Vinio, si bien es acomodable al caso que comprende el mismo texto en su segunda parte.

Nam plùs valet, quod in veritate est, quàm quod in opinione.—Error seria considerar como una regla general del derecho las palabras que comento; contra ellas podrian oponerse estas otras de Ulpiano (2): *plùs est in opinione quàm in veritate.* Una y otra regla son ciertas y aplicables, pero solo en casos determinados. La primera tiene lugar siempre que el error no es un obstáculo á la voluntad y al éxito del acto, como sucede en el caso del texto. La segunda, en aquellos actos cuyo éxito depende exclusivamente del ánimo y de la intencion del que los ejecuta, á cuya clase pertene-

(1) Ley 5, tít. VII, lib. XXXIV del Dig.
(2) Ley 15, tít. II, lib. XXIX del Dig.

cen la adicion y la repudiacion de la herencia. Hotman (Hottomannus) dice á este propósito que la verdad prevalece cuando el error es de hecho, y la creencia cuando es de derecho, opinion que, siguiendo á Vinio, me parece inadmisible; basta al efecto observar que cuando el testador por error de derecho lega una cosa suya como si fuera del legatario, vale la manda, y por el contrario, que no vale si, errando en el hecho, legare como propio lo que al legatario pertenece.

Quia exitum voluntas defuncti potest habere.—A esta razon puede agregarse la que antes se dió: *plus valet, quod in veritate est, quàm quod in opinione*, palabras que cuadran perfectamente al último caso que comprende el texto.

12 Si rem suam legaverit testator, posteàque eam alienaverit, *Celsus existimat, si non adimendi animô vendidit*, nihilominùs deberi, idque divi Severus et Antoninus rescripserunt (*a*). Iidem *rescripserunt*, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legato erant, pignori dedit, *ademisse legatum non videri*, et ideò legatarium cum hærede agere posse, ut prædia à creditore *luantur* (*b*). Si verò quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non est alienata, omnimodò debetur (*c*), pars autem alienata ità debetur, si non adimendi animô alienata sit.

Si el testador hubiera legado una cosa suya y la enajenare despues, Celso es de opinion que el legado sea válido, si el testador no la vendió con intencion de revocar el legado, opinion adoptada en un rescripto de los Emperadores Severo y Antonino (*a*). Los mismos Emperadores dieron otro rescripto, segun el cual no se presume que el que despues de hecho el testamento hipotecó las heredades legadas, haya revocado la manda, á lo que es consiguiente que el legatario pueda entablar su accion contra el heredero para que redima del acreedor las heredades (*b*). Si el testador ha enajenado una parte de la cosa legada, la parte no enajenada se debe sin duda (*c*), y la parte enajenada solo se deberá cuando la enajenacion se haya hecho sin ánimo de revocar la manda. 12

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§ 12 de la ley 11, lib. XXXII del Dig.)
(*b*) Este rescripto es la ley 3, tít. XXXVII, lib. VI del Cód.)
(*c*) Conforme con Pomponio. (Principio de la ley 8, lib. XXX del Dig.)

Comentario.

Celsus existimat.—No existe el fragmento de Celso, á que en este lugar se refiere el Emperador Justiniano. Su opinion tuvo antes de

Cayo pocos partidarios, y así este último jurisconsulto dice (1), que si alguno habia legado una cosa, y la enajenaba despues de testar, el legado, segun la opinion general, era inútil con arreglo al derecho civil estricto, y que no se confirmaba por el senado-consulto Neroniano, doctrina extensiva tambien al caso de que la manda fuera dejada con la fórmula *per damnationem*, pues aunque entonces se debia, atendido el rigor de derecho, el reclamante podia ser excluido por la excepcion de dolo, *doli mali*, porque pedia contra la voluntad del difunto. En los legados *per vindicationem*, no cabia duda que la enajenacion los anulaba, porque la cosa legada, dejando de estar en el dominio del testador, no podia ser objeto de manda. La opinion adoptada por Justiniano se funda en que pudiendo legarse la cosa ajena, no se debe estar al hecho de la enajenacion, sino á la continuacion ó al cambio de la voluntad del testador para juzgar de la validez ó de la nulidad del legado.

Si non adimendi animô.—La intencion del testador debe inferirse de la causa de la enajenacion. Del que dona la cosa legada (2), del que la vende sin necesidad, se cree que tiene intencion de revocar la manda; no así del que la enajena por hallarse en circunstancias apuradas. Esta regla no es inflexible, porque si á pesar de ser la enajenacion voluntaria, se probase que la intencion del testador no fué revocar los legados, ó si por el contrario, siendo necesaria, se demostrase que el testador quiso revocarlos, su voluntad será lo que prevalezca; pero como en el primer caso la presuncion está á favor del legatario, y en el segundo á favor del heredero, deberá cada uno de estos respectivamente en su caso probar que por saberse cuál fué la voluntad del testador, no deben prevalecer las conjeturas que el derecho hace en su defecto (3).

Vendidit.—Me parece que la palabra *alienavit* hubiera sido mas propia de este lugar, para abrazar otros contratos traslativos del dominio que están sin duda comprendidos en el espíritu del textó.

Rescripserunt.—De los dos rescriptos de los Emperadores Severo y Antonino, á que se refiere el texto, solo se ha conservado el último que se halla en el Código y que se cita en los orígenes.

Ademisse legatum non videri.—Los contratos de prenda y de hipoteca no son enajenaciones verdaderas, porque el deudor queda dueño de la cosa y con el derecho de recuperarla cuando pague la cantidad que sobre ella recibió: mas debe confesarse que algunas veces se toma la palabra *enajenacion* en un sentido mas lato,

---

(1) §. 198 del Com. II de sus Inst.
(2) Ley 18, tit, IV, lib. XXXIV del Dig.
(3) §. 12 de la ley 11, lib. XXXII del Dig.

comprendiendo la prenda é hipoteca (1). El motivo que hay para que no se repute la prenda ó hipoteca de la cosa legada como revocacion de la manda, es que el testador no pierde la propiedad, y que siendo estos contratos de aquellos en que suele entrarse solamente por necesidad, no se presume por ellos que cambia de voluntad el que los celebra.

Luantur.—La obligacion del heredero se limita á pagar al acreedor la cantidad debida, para que así quede libre la cosa empeñada ó hipotecada.

13 Si quis debitori suo *liberationem legaverit*, *legatum utile est*; et neque ab ipsô debitore, *neque* ab hærede ejus *potest hæres petere*, nec ab aliô, *qui hæredis locô est*, sed et *potest à debitore conveniri*, ut liberet eum (*a*). Potest autem quis vel *ad tempus* jubere, ne hæres petat (*b*).

Si el acreedor lega al deudor el perdon de la deuda, el legado es válido, y el heredero del testador no podrá pedir la deuda al deudor, ó al heredero de este, ó al que esté en lugar de heredero, sino que por el contrario, podrá ser demandado por el deudor para que lo liberte de la obligacion (*a*). Puede tambien el testador prevenir que su heredero no pida la deuda durante cierto tiempo (*b*). 13

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial de la ley 1, é inicial y 3 de la ley 3, título III, lib. XXXIV del Dig.)
(*b*) Conforme con Pomponio. (§. 1 de la ley 8 del mismo título y libro.)

Comentario.

Liberationem legaverit.—No era necesario que el testador legase precisamente la deuda; bastaba solo con que dejase al deudor el documento ó quirógrafo en que constaba (2).

Legatum utile est.—Un fragmento de Ulpiano (3) demuestra que hubo un tiempo en que esta decision fué objeto de controversia. Debia dar lugar á la duda el creer algunos que en el legado de liberacion se dejaba al deudor lo que era ya suyo, manda imposible y nula, segun queda expuesto en el párrafo décimo de este mismo título; pero esto era un error, porque semejante manda nada contiene que sea de

(1) Ley 7, tít. LI, lib. IV, del Cód.
(2) §§. 2 y 3 de la ley 3, tít. III, lib. XXXIV del Dig.
(3) §. inicial de la misma ley.

deudor, sino que lo que se lega es el derecho que tiene el acreedor, ó la remision de la deuda. Además sucede frecuentemente que se debe el género y no la especie, ó que la deuda consiste on cosa determinada que no está en los bienes del deudor al tiempo de dejarse el legado.

Neque potest hæres petere. — El legado no era con arreglo al derecho civil estricto un modo de disolver las obligaciones, y por lo tanto, legada la liberacion, no quedaba desde luego el legatario libre de la deuda que antes tenia. Dos medios habia para que le fuere útil la manda: consistia el primero en oponer el deudor al heredero, si la demandaba, la excepcion de dolo, *doli mali* (1); en este sentido dice el texto que el heredero no podia pedir, y esto era, no porque no pudiera entablar la demanda, sino porque esta quedaba eludida con una excepcion perpétua que le quitaba toda fuerza. Del otro medio hablaré al comentar las palabras: *potest à debitore conveniri.*

Qui hæredis locô est.—A esta clase corresponden los fideicomisarios universales y los *bonorum poseedores.*

Potest à debitore conveniri.—Si el legatario deudor queria no estar expuesto indefinidamente á la demanda, podia á su vez pedir por la accion *ex testamentô*, que el heredero lo libertase de la obligacion por medio de una *aceptilacion* (2), modo de disolver las obligaciones de que en su lugar oportuno habla el Emperador.

Ad tempus.—Si en vez de libertar el testador al legatario de la obligacion, se ha limitado á prevenir al heredero que no lo moleste dentro de cierto tiempo, es claro que no tendrá el legatario accion, sino solamente la excepcion de dolo en el caso de que, antes de espirar el tiempo señalado, se le reclamase la deuda.

14 Ex contrariô, si debitor creditori suo, quod debet, legaverit, inutile est legatum, *si nihil plùs est in legatô*, quàm in debitô; quia nihil ampliùs habet per legatum. Quod si *in diem vel sub conditione debitum ei purè legaverit*, utile est legatum *propter repræsentationem* (*a*). Quod si vivô testatore dies venerit, aut conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihil-

Por el contrario, si un deudor legare á su acreedor lo que le debe, es inútil el legado, si no contiene mas que la deuda, porque con él nada consigue el legatario. Pero si lega puramente lo que se debia á cierto dia ó bajo condicion, el legado es útil, porque el acreedor adquiere el derecho de cobrar anticipadamente (*a*). Mas si viviendo aun el testador, llega el dia ó se cumple la con- 14

(1) §. 3 de la ley 3, tít. III, lib. XXXIV del Dig.
(2) Dicho §. 3.

ominùs legatum, *quia semèl constitit*. Quod et verum est: *non* enim *placuit sententia* existimantium, extinctum esse legatum, quia *in* eam *causam pervenit, à quâ incipere non potest* (*b*).

dicion, Papiniano opina que, sin embargo, es útil el legado porque una vez lo fué: y esto es verdad, porque no es admisible la opinion de los que piensan que el legado se extingue por llegar el caso en que no pueda tener orígen (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (§ 10, ley 1, tít. II, lib. XXXV del Dig.)
(*b*) Tomado de Papiniano. (Ley 5, tít. II, lib. XXXV del Dig.)

Comentario.

Si nihil plùs est in legatô.—Todo legado, como que es una especie de donacion, debe producir ventajas á aquel á quien se deja: este es el principio que domina en el texto. Supónese en él que la deuda y la manda son exactamente iguales para que se considere ineficaz el legado: muy difícilmente se presentará este caso, porque prescindiendo de las diferentes modificaciones que puede tener la obligacion, el legado por regla general será mas ventajoso por su naturaleza, ya porque trasfiere el dominio de la cosa legada en el momento de la muerte del testador y es preferible ser dueño á tener un derecho *á* la cosa, y ya tambien porque Justiniano (1) dió á los legatarios la accion hipotecaria y el derecho de prenda tácita en los bienes del difunto.

In diem vel sub conditione debitum ei purè legaverit.—La obligacion á cierto dia y la condicional están puestas por ejemplo. La doctrina del texto es extensiva á todos los casos en que, por cualquier título, sea el legado mas útil que el crédito, como sucederia en el caso que este llevase consigo alguna carga.

Propter repræsentationem.—*Repræsentare* quiere decir aquí pagar al contado, é indudablemente es una ventaja recibir de presente lo que en virtud de la obligacion no podia pedirse hasta cierto tiempo ó despues de tener lugar una condicion determinada.

Quia semèl constitit.—No es de presumir que un juego de palabras inclinase á Papiniano á establecer esta opinion. Creo, siguiendo el dictámen de Mr. Etienne, que con relacion á la cuarta falcidia habia interés en considerar como valederos los legados que lo habian sido en su origen. En efecto, por la ley Falcidia, de que se habla en uno de

(1) Ley 1, tít. XLIII, lib. VI del Cód.

los títulos siguientes, el heredero tenia el derecho de comprender en el cúmulo de cosas legadas todas las mandas válidas para que, en caso de exceder de las tres cuartas partes de la herencia, se redujeran proporcionalmente, de modo que le quedase la cuarta parte: es verdad que no podia detraer nada á la deuda, pero sí podia hacerlo respecto á las demás mandas. En comprobacion de la exactitud de esta interpretacion debe observarse que el fragmento de Papiniano, seguido en este lugar por el Emperador, está inserto en el título del Digesto en que se habla de la ley Falcidia.

Non placuit sententia.—Paulo era de opinon contraria, como aparece de un fragmento suyo inserto en el Digesto (1).

In causam pervenit à quâ incipere non potest.—Vinnio nota oportunamente que hay dos reglas de derecho, al parecer contrarias; una es el principio de que en este lugar se usa, á saber: que *el negocio se extingue cuando viene á parar á un caso de que no podria tomar origen*; y la otra, que *lo que una vez se ha hecho útilmente prevalece, aunque sobrevenga un caso en que no podria tener principio.* La verdad es, que ni una ni otra regla son absolutas, segun advierte Paulo (2). Cuando el negocio está absolutamente perfecto, entonces rige el principio de que es válido lo que lo fué una vez; por lo tanto, la locura que viene despues de contraido el matrimonio, no vicia este contrato. Pero cuando el negocio requiere todavía algo para su perfeccion, no puede establecerse siempre la misma regla, porque ó la circunstancia que sobreviene impide que el negocio comenzado tenga éxito, ó no: si no lo impide, queda subsistente lo que fué válido en su orígen, en otro caso se extingue. Con arreglo á estos principios la locura que sobrevenga despues de hacerse el testamento, no impedirá que sea este válido, porque el testador, á pesar de la demencia, conserva su estado y condicion civil; no sucederia lo mismo si fuera reducido á esclavitud, porque el esclavo ni podia testar ni tener herederos.

15 Sed si uxori maritus *dotem legaverit; valet legatum*, quia *plenius est legatum, quàm de dote actio.* Sed si, quam non acceperit, dotem legaverit, divi Severus et Antoninus rescripserunt, si quidèm simplicitèr legaverit, *inutile esse legatum;* si verò certa pecunia, vel cer-

Si el marido legase la dote á su mujer, vale el legado, porque la accion *ex testamentó*, ofrece mas ventajas que la de dote. A pesar de esto, si se lega una dote que no se ha recibido, el legado será nulo con arreglo á un rescripto de los Emperadores Severo y Antonino, siempre 15

(1) §. inicial de la ley 82, lib. XXXI del Dig.
(2) §. 2 ley 140, tít. I, lib. XLV; y §. 1 ley 85, tít. XVII, lib. L del Dig.

tum corpus, aut *instrumentum dotis in prælegandó* demostrata sunt, valere legatum.

que no se haga ninguna otra indicacion; pero valdrá si el testador ha indicado que la mujer debe recibir cierta suma ó determinada cosa, ó cantidad fija que diga estar expresada en el acta dotal.

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 6, ley 1, tít. IV, lib. XXXIII del Dig.)

Comentario.

Dotem legaverit.—Obsérvase que en otras ocasiones al hablar del legado de dote, se usa de los verbos *prælegare*, *relegare* y *reddere*, sin duda porque la mujer no la recibe por causa lucrativa, sino que la recupera como propia.

Valet legatum. — Síguese aqui el mismo principio que en el texto anterior, de que es válido el legado cuando contiene mas que la deuda.

Plenius est legatum, quàm de dote actio.—Si la dote consistia en cosas fungibles, el marido y sus herederos tenian tres años para la restitucion, término que Justiniano redujo á uno solo (1), y cuando consistia en otras cosas, podian retenerla hasta ser indemnizados de los gastos útiles hechos en los bienes dotalos; mas la accion *ex testamentó* da al legatario derecho desde la muerte del testador para pedir y obtener sin dilacion la dote legada, aunque consista en cosas fungibles y sin deduccion de gastos: es por lo tanto mas beneficiosa á la legataria.

Inutile esse legatum.—La razon consiste en que no podia saberse qué cantidad ni qué cosa era la legada.

Instrumentum dotis. — El texto habla del caso en que no haya dote, y en que de consiguiente no exista instrumento dotal; por lo tanto la palabras *instrumentum dotis* solo pueden referirse á una cantidad determinada que suponga el testador que se expresó en el acta de dote, lo cual se funda en que la demostracion falsa no vicia el legado, como mas adelante se dice.

Prælegandó.—Debe observarse que la palabra *prelegar* no tiene aquí la misma significacion que cuando se aplica á uno de varios coherederos.

(1) §. 7 de la ley única, tít. XIII, lib. V del Cód.

16 Si res legata *sine factô hæredis perierit*, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine factô hæredis manumissus fuerit, non tenetur hæres (*a*). Si verò hæredis servus legatus fuerit, et *ipse eum manumisserit*, teneri eum Julianus scripsit, *nec interest*, *scierit*, *an ignoraverit*, à se legatum esse. Sed et, si alii donaverit servum, et is, cui donatus est, eum manumisserit, tenetur hæres, quamvis ignoraverit, à se eum legatum esse (*b*).

Si la cosa legada pereciere sin hecho del heredero, perece para el legatario. Si el esclavo ajeno que ha sido legado fué manumitido sin ningun hecho del heredero, este no tiene obligacion de cumplir la manda (*a*). Mas si fuere legado el esclavo del heredero, y este le manumitiere, quedará obligado, segun dejó escrito Juliano, sepa ó no la existencia del legado. Lo mismo sucederá si aquel á quien hubiera donado el esclavo, lo hubiere manumitido, aunque ignore tambien en este caso que se habia hecho la manda (*b*). 16

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (§. 9, tít. VI, lib. III de sus Sentencias, y ley 34, lib. XXX del Dig.)
(*b*) Tomado de Marciano. (§. 1, ley 112, lib, XXX del Dig.)

Comentario.

Res.—Para que tenga lugar la doctrina del texto es menester que la cosa sea cierta y que consista en especie, porque el género nunca perece (1).

Sine factô hæredis perierit.—O bien sea que la cosa perezca naturalmente ó por un hecho ajeno; lo mismo sucede en el caso de que la cosa legada, sin ser destruida, haya salido del comercio (2). Es principio general en las obligaciones que el deudor de cosa determinada se libra de la deuda siempre que no ha intervenido culpa por su parte; mas en el caso presente se va mas allá, porque el simple hecho del heredero, aunque sin culpa, basta para dejar subsistente su obligacion. Cuando la cosa determinada en el legado no pereciere por hecho del heredero, sino por el de un esclavo de este, tenia el legatario contra el heredero una accion noxal (3), que mas adelante y en lugar correspondiente explican las Instituciones.

Ipse eum manumisserit. —A pesar de la obligacion que en este caso pesa sobre el heredero, la libertad del esclavo no se revoca, sino que debe darse su estimacion: esta es la recta interpretacion de

(1) §. 8 ley 30, tít. II, lib. XXXV del Dig.
(2) Ley 92, tít. II, lib. XLVI del Dig.
(3) §. inicial de la ley 48, lib. XXX del Dig.

una ley (1) que habla de que nada hace el heredero dando la libertad, lo cual debe entenderse respecto de la obligacion que queda subsistente, no de la libertad que se da al esclavo, que una vez dada no puede revocarse.

Nec interest scierit an ignoraverit.—Fúndase esto en que basta para que prevalezca la obligacion del heredero el que intervenga, como en el caso presente, un acto por su parte. Debe tambien tenerse en cuenta que el manumitente, si bien perdia por la manumision el valor del esclavo, adquiria el derecho de patronato que era tan fecundo en consecuencias.

17 Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, *partus legato cedunt.* Idem est, etsi ordinarii servi *cum vicariis* legati fuerint, et, licèt mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt (*a*). Sed si servus cum peculiô fuerit legatus, mortuô servô, vel manumissô, vel alienatô, et *peculii legatum extinguitur* (*b*). Idem est, si *fundus instructus vel cum instrumentô* legatus fuerit: nam fundô alienatô et instrumenti legatum ex-
18 tinguitur (*c*). Si grex legatus fuerit, posteàque *ad unam ovem pervenerit*, quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legatô, etiam eas oves, quæ *post testamentum factum* gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait (*d*) (est enim gregis unum corpus, ex distantibus capitibus, sicuti ædium unum corpus est,
19 ex cohærentibus lapidibus) (*e*). Ædibus denique legatis, *columnas et marmora*, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato cedere (*f*).

Si el testador legare esclavas con sus hijos, aunque las esclavas mueran, queda subsistente el legado en cuanto á los hijos. Lo mismo acontece si legare esclavos ordinarios con sus esclavos vicarios, porque aunque los ordinarios mueran, subsistirá la manda por lo que á los vicarios corresponde (*a*). Pero si hubiere legado un esclavo con su peculio, muerto, manumitido ó enajenado el esclavo, se extingue el legado (*b*). Se verifica lo mismo en el caso de que se hubiere vendido una heredad provista ó con sus instrumentos, porque enajenada la heredad, se extingue el legado de los instrumentos (*c*). Si el legado con- 18 siste en un rebaño, y de este no llegare á quedar mas que una sola oveja, el legatario puede reivindicarla. El legado de un rebaño comprende tambien, segun Juliano, las ovejas que se le han aumentado despues de hecho el testamento (*d*), (porque el ganado forma un solo cuerpo compuesto de distintas cabezas, así como un edificio es un solo cuerpo compuesto de piedras reunidas) (*e*). Legado el edificio, ceden á él las columnas y los mármoles que se le han agregado despues de otorgado el testamento (*f*).

(1) Ley 28, tit. IX, lib. XI. del Cód.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (Ley 3, tít. VIII, lib. XXXIII del Dig.); y con Cayo (Ley 4 del mismo título y libro.)
(*b*) Tomado de Paulo. (Ley 1, del mimo título y libro.)
(*c*) Tomado de Paulo. (§. 1, ley 1, tít. VII, lib. XXXIII del Dig.)
(*d*) Tomado de Ulpiano. (Ley 21, lib. XXX del Dig.), y de Pomponio. (Ley 22 del mismo libro.)
(*e*) Conforme con Pomponio. (§. inicial, ley 30, tít. III, lib. XLI del Dig.)
(*f*) Conforme con Javoleno. (Ley 39, lib. XXX del Dig.)

Comentario.

Partus legato cedunt.—La regla que aquí domina es que si despues de hecho el testamento, pereciere parte de la cosa legada, solo se extingue el legado siendo lo principal lo que hubiere perecido. El esclavo antes de nacer es accesion del vientre de la madre, pero inmediatamente que vé la luz, tiene una existencia absolutamente independiente de ella; no se trata ya de lo principal y de lo accesorio, son dos cosas absolutamente iguales, y por esto, aun despues de perecer la madre, queda subsistente el legado de sus hijos.

Cum vicariis.—En otro lugar he manifestado que los esclavos vicarios venian á constituir parte del peculio de los ordinarios. Aplicando la doctrina establecida despues en el texto, parece que deberia decirse que, muerto, manumitido ó enajenado el esclavo ordinario, los esclavo vicarios, como peculio, no se debian; prevaleció en este caso como en otros muchos el principio de la dignidad del hombre, y no se consideró á unos esclavos como accesion de otros.

Peculii legatum extinguitur.—Esto es consecuencia del principio ya mencionado, en que se funda la doctrina del texto. El peculio era considerado como accesion, y segun dice concisamente Cayo (1), lo que tiene lugar de accesion se extingue cuando deja de existir la principal.

Fundus instructus vel cum instrumentó.—No son estas dos frases sinónimas: *fundus instructus* quiere decir una heredad que, además de todo lo que es necesario para su aprovechamiento, tiene otras cosas que hacen mas cómoda y mas agradable la residencia; por lo tanto el legado en que se deja, comprende el mueblaje, adornos y hasta las provisiones y vinos destinados al uso de los que la habitan (2), no siendo extensivo á las cosas que no se tienen para uso, sino en custodia, como los vinos que se hallan en las bodegas y los granos entrojados con objeto de venderlos (3), ni á las demás cosas que solo se lle-

(1) Ley 2, tít. VIII, lib. XXXIII del Dig.
(2) §. 27 y siguientes de la ley 12, tít. VII, lib. XXXIII del Dig.
(3) §. 29 y siguientes de la misma ley 12.

varon á la heredad temporalmente y no con objeto de que pertenecieran á ella (1). Cuando alguno lega la heredad con sus instrumentos, *fundum cum instrumentô*, la manda solo comprende los enseres necesarios para el cultivo (2). No fué esta la opinion del jurisconsulto Labeon, que consideraba iguales las dos frases del texto, doctrina modificada por la escuela opuesta, á la que se adhirió Justiniano. No deben confundirse los legados de que trato, en los que se considera una cosa como principal y lo demás como accesorio, con aquel en que el testador dejase la heredad y los instrumentos, *fundus et instrumentum*, porque entonces serian dos legados separados, y por lo tanto, enajenada la heredad, se deberian aun los útiles de ella (3).

Ad unam ovem pervenerit.—Un rebaño, *grex*, no cambia de nombre, aunque se aumenten ó disminuyan las cabezas que lo forman; pero cuando solo queden diez ovejas, se puede decir que el rebaño ha perecido, porque este número, con arreglo al derecho romano, no constituye rebaño (4). Parecia, pues, consiguiente, que cuando las cabezas que perecen, son tantas que el rebaño pierde su nombre, debia quedar extinguido el legado: en el texto se observa, sin embargo, que la doctrina contraria prevalece, y que la manda se considera subsistente aunque quede una sola res; fúndase esto en que se presume que el que lega un rebaño, lega todas y cada una de las cabezas que tiene y que por lo tanto al ceder el dia del legado, se deben al legatario las que restan. Aquí se aplica de lleno la regla del derecho: *in totô et pars continetur* (5).

Pero esta regla nó tiene uso respecto al usufructo del rebaño, el cual se extingue cuando no queda el número necesario de cabezas para constituirlo (6). Proviene la diferencia de que el usufructuario debe aprovecharse de la cosa en su forma actual y en su modo principal de existir, como oportunamente ha quedado expuesto. Análogo es al caso que antecede lo que tiene lugar en el legado de un edificio; si este se arruina, puede el legatario reivindicar el solar (7); lo contrario sucede en el usufructo, porque arruinado el edificio ningun derecho conserva el usufructuario sobre el terreno en que estuvo levantado (8).

Post testamentum factum.—Como, segun queda manifestado, el

---

(1) §. 37 de la ley 12, tit. VII, lib. XXXIII del Dig.
(2) §§. 15, 16 y 27 de la misma ley.
(3) Ley 5 del mismo título VII.
(4) Ley 3, tit. XVI, lib. XLVII del Dig.
(5) Ley 113, tit. XVII, lib. L del Dig.
(6) Ley 31, tit. IV, lib. VII del Dig.
(7) Ley 22, lib. XXX del Dig.
(8) §. 4, tit. IV, lib. II de las Inst.

dia en que ceden los legados es el de la muerte del testador, consiguiente es que el aumento ó diminucion que haya tenido el ganado en el tiempo que medió entre el otorgamiento del testamento y el fallemiento del test ador, sea para el legatario.

Columnas et marmora.—Estas palabras deben considerarse como puestas por ejemplo, porque lo mismo sucede respecto de las maderas, las tejas, las puertas y cualesquiera otros materiales que formen parte del edificio (1). Aun en el caso que se hubiere legado un solar y despues se edificare sobre él, corresponderá al legatario tanto el área como la superficie, á no ser que el heredero pudiere probar que otra era la voluntad del testador (2). No sucede lo mismo en el caso de que legada la casa, esta se destruyera y se edificase despues otra sobre el mismo solar, porque entonces el legado concluyó por la extincion de la cosa, y el nuevo edificio no queda sujeto al antiguo legado, á no ser que el legatario, contra quien obra en este caso la presuncion, acreditare que otra era la intencion del testador.

20 Si peculium legatum fuerit, sine dubiô quicquid peculio *accedit*, *vel decedit vivô testatore*, legatarii lucro, vel damnó est (*a*). Quod si post mortem testatoris, ante aditam hæreditatem, servus acquisierit, Julianus ait, si quidèm ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hæreditatem acquisitum est, legatario cedere *quia dies hujus legati ab aditâ hæreditate cedit;* sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi *ex rebus peculiaribus* auctum fuerit. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur, quamvis, si vivus manumisserit, sufficit, si non adimatur; et *itâ divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculiô legatô*, non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impendit. Iidem rescripserunt *pecu-*

Si se hubiese legado un peculio, 20
todo lo que en vida del testador se le agregue ó disminuya, es ganancia ó pérdida para el legatario (*a*). Si el aumento se hubiese hecho por adquisicion del esclavo despues de la muerte del testador y antes de la adicion de la herencia, hay diferencia segun Juliano; si el peculio ha sido legado con la libertad al esclavo, todo lo adquirido antes de la adicion de la herencia, es para el legatario, porque el dia cede en esta clase de legados á la adicion de la herencia: mas si se ha legado el peculio á un extraño, solo pertenece á la manda el aumento que ha sido producto de las cosas mismas de que se compone el peculio. No se debe el peculio al esclavo manumitido por testamento á no habérsele expresamente legado, aunque en el caso de que su dueño en vida le hubiese dado libertad, retendria

(1) §. 9 y siguientes de la ley 41, lib. XXX del Dig.
(2) §. 49 de la ley 44, lib XXX; y ley 39, lib. XXXI del Dig.

lium videri legatum, cum rationibus redditis liber esse jussus est, et ex eô reliquas inferre (*b*).

el manumitido el peculio si no se lo quitaron; así lo decidieron por un rescripto los Emperadores Severo y Antonino. Estos mismos determinaron que, legado el peculio, no se creyera que el esclavo tenia el derecho de reclamar las cantidades que hubiere empleado en beneficio de su señor, y tambien que se reputase legado el peculio, si el testador mandó al esclavo que quedase en libertad despues de dar sus cuentas y satisfacer los alcances (*b*).

ORIGENES

(*a*) Conforme con Papiniano. (Ley 65, lib. XXXI del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§§. 6. 7 y 8 de la ley 8, y §. 4, ley 6, tít. VIII, lib. XXXIII del Dig.)

Comentario.

Accedit, vel decedit.—El peculio contiene, ó puede al menos contener, cosas diferentes: es por lo tanto un cuerpo, y como tal capaz de aumento ó de diminucion: así Marciano (1), usando del elegante símil de Papirio Fronton, dice que el peculio es semejante á un hombre que nace, crece y muere.

Vivô testatore.—Tanto el aumento como la diminucion del peculio que sobrevienen en vida del testador, son siempre para el legatario que llega á adquirirlo: no hay diferencia por ser un extraño ó el mismo esclavo manumitido aquel á quien se dejó el peculio, ni por provenir el aumento de las mismas cosas del peculio, ó de otra parte. La razon consiste en que nunca cede el dia del legado en vida del testador.

Quia dies hujus legati ab aditâ hœreditate cedit.—De esta doctrina, que ya antes queda expuesta, se infiere, que legado el peculio al esclavo, este debe recibirlo tal como se encuentre al tiempo de la adicion.

Ex rebus peculiaribus.—Por ejemplo, los frutos producidos por las fincas comprendidas en el peculio, el feto de los ganados, el parto de las esclavas, la aluvion de los campos: no así lo adquirido por el trabajo del esclavo, por una donacion ó por una manda.

Itâ divi Severus et Antoninus rescripserunt.—No se halla en el Código este rescripto, aunque sí otro de los Emperadores Diocleciano

(1) Ley 40, tít. I, lib. XV del Dig.

y Maximiano, que establece la misma doctrina. La diferencia que se hace entre el esclavo manumitido en vida de su dueño ó en testamento, concediendo al primero el peculio como expresamente no se le quite, y negándoselo al segundo, se funda en la presuncion de la voluntad del manumitente. El que al manumitir en vida al esclavo, no le quita el peculio y permite que se lo lleve, manifiesta claramente que quiere darle el peculio con la libertad: no puede sacarse la misma consecuencia del silencio del que testa, que por ningun acto manifestó, pudiendo hacerlo, que queria legar el peculio. No me parecen tan sólidas les demás razones que alegan los intérpretes para dar la razon de esta diferencia.

Iidem rescripserunt, peculiô legatô.—Tampoco existe en el Código esta constitucion de los Emperadores Severo y Antonino. Un fragmento de Ulpiano inserto en el Digesto, de que hago mencion en los orígenes (1), manifiesta las palabras en que estaba concebido, así se expresa el jurisconsulto: *Sed huic sententiæ adversatur rescriptum Imperatoris nostri et patris ejus quod ità est. «Cum peculium servo legatur, non etiàm id conceditur ut petitionem habeat pecuniæ quam se in rationes domini impendisse dicit.»* Teófilo en su *Paráfrasis* aduce por razon de esto, que solo se entiende que el señor lega las cosas dispuestas para ser entregadas, *quæ in promptu sunt et in paratô*, no las que se consumieron é invertieron en utilidad de él. No puede negarse que lo que el señor debe al peculio es realmente parte del peculio, como es diminucion de él lo que el esclavo debe á su señor; sin embargo, como entre señores y esclavos no hay acciones eficaces, porque en último resultado el señor es dueño absoluto del esclavo y del peculio de este, no pueden seguirse aquí los principios que tendrian lugar con respecto á los extraños. Pero siempre que por la voluntad expresa del testador conste que su intencion ha sido que lo que hubiere invertido en utilidad suya el esclavo, se le devuelva, así deberá verificarse. Lo mismo sucederá si esto pudiera inferirse por otros medios: por lo tanto, el esclavo manumitido podrá retener por compensacion, en el caso de que él debiera algo á su señor, lo que este adeudaba á su peculio (2). Cuando el heredero instituido es deudor al peculio que se dejó al esclavo, sin duda ninguna debe pagarle lo que debe (3).

Peculium videri legatum.—Regla general es que no se presume que el testador ha querido legar el peculio al esclavo á quien ha

(1) §. 4 de la ley 6, tít. XVIII, lib. XXXIII.
(2) §. 6 de la ley 7; y tít. I, lib. XV; y §. 5 de la ley 6, tít. VIII, lib. XXXIII del Dig.
(3) Ley 5, tít. VIII, lib. XXXIII del Dig.

manumitido en su última disposicion; pero esta presuncion cede ante otras mas fuertes, deducidas de las palabras con que ha manifestado su intencion: hé aquí el fundamento de la doctrina del texto.

21 *Tàm* autem *corporales res quàm incorparales* legari possunt (*a*). Et ideò et, *quod defuncto debetur, potest alicui legari*, *ut actiones* suas hæres *legatario præstet* (*b*), *nisi exegerit vivus testator* pecuniam: nam hoc casu legatum extinguitur (*c*). Sed et tale legatum valet: DAMNAS ESTO HÆRES DOMUM ILLIUS REFICERE, VEL ILLUM ÆRE ALIENO LIBERARE (*d*).

Pueden legarse las cosas corporales del mismo modo que las incorporales (*a*). Por lo tanto el testador puede legar lo que le deben, y el efecto de semejante legado será que el heredero esté obligado á ceder sus acciones al legatario (*b*), á no ser que el testador haya en vida exigido la deuda, porque en este caso se extingue el legado (*c*). Es tambien válido este legado: CONDENO Á MI HEREDERO Á REPARAR LA CASA DE TAL INDIVIDUO, Ó Á PAGAR SUS DEUDAS (*d*). 21

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial de la ley 41, lib. XXX del Dig.)
(*b*) Conforme con Juliano. (Ley 105, lib. XXX del Dig.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§. 2, ley 75, lib. XXX del Dig.)
(*d*) Conforme con Paulo. (§. 10, tit. VI, lib. III de sus Sentencias.)

Comentario.

Tàm corporales res quàm incorporales.—Parece que debia decir: *tàm incorporales res quàm corporales*, porque menos dudosa debia ser la validez de las mandas respecto de las cosas corporales que de las incorporales. Los derechos son objeto de los legados así como las cosas sujetas á la inspeccion de los sentidos; pero esto se entiende con tal que estén en el comercio.

Quod defuncto debetur potest alicui legari.—No debe confundirse este legado con los de *liberacion* y de *deuda* del testador, de que se ha hablado en los párrafos 13 y 14 de este título. El legado de que aquí se trata es el de *crédito*, *legatum nominis* (1): por ejemplo, si el testador dijere: *dejo á Cayo tal cantidad que me debe Seyo.* El que lega el recibo, ó documento que sirve para acreditar la deuda, se entiende que lega la misma deuda (2).

Ut actiones legatario præstet.—Segun el derecho romano el heredero es el representante único legítimo del difunto, pues que con-

(1) §. 6, ley 44, lib. XXX. y ley 59, lib. XXXII del Dig.
(2) §. 5, ley 44, lib. XXX del Dig.

tinúa jurídicamente su persona, como diferentes veces he dicho: así es que á pesar del legado de crédito, se consideraba siempre al heredero como el verdadero acreedor á quien competian las acciones para reclamarlo. De aqui dimanaba que el heredero estuviera obligado á ceder sus acciones al legatario, el cual si no podia cobrar por la insolvencia del deudor, sufria la pérdida sin que le quedara recurso ninguno contra el heredero. Dos medios habia para efectuar la cesion de las acciones: consistia uno en que el heredero, llamando al deudor, le hiciera prometer por medio de una estipulacion pagar la deuda al legatario, lo que producia una novacion, en virtud de la que el heredero perdia y el legatario adquiria el derecho al crédito. Pero como podia ocurrir que el deudor no consintiese en la novacion, entonces el heredero tenia que dar al legatario el mandato de perseguir al deudor, y el legatario, despues que obtenia la deuda, no daba cuenta de su mandato al heredero, porque era *procurator in rem suam*, es decir, que el crédito se convertia en su exclusivo provecho. Si el juez, despues de examinar si el deudor lo era ó no realmente, lo absolvia, á nada estaba obligado el heredero (1), el cual quedaba libre desde el momento en que cedia las acciones.

Nisi exegerit.—El testador que despues de ordenado su testamento exige la deuda que legó, hace creer que quiso revocar el legado, á lo que se agrega que cobrada la deuda, puede decirse que ha perecido la cosa legada. ¿Y qué sucederá en el caso en que el deudor voluntariamente pague la deuda? Paréceme lo mas conforme á la letra y espíritu de las leyes, que si pudiere probarse que el testador no mudó de voluntad, como podria inferirse del hecho de tener separada la cantidad que recibió, ó del de constituirla en depósito, debe considerarse subsistente la manda (2), del mismo modo que si habiendo exigido la deuda el testador por circunstancias apuradas, pudiera probar el legatario que no fué el ánimo de aquel revocar el legado (3). Mas en estos casos es claro que la manda deberia pedirse al heredero, porque no pueden cederse acciones que no existen. ¿Y si habiendo el testador entablado la accion, murió antes de conseguir que se le hiciese el pago? Algunos intérpretes, y entre ellos Mynsingero, son de opinion que el legado subsiste: paréceme, sin embargo, mas probable lo contrario bajo las restricciones antes indicadas, porque ni la morosidad del deudor ni la tardanza del juez deben convertirse en provecho del legatario.

Vivus testator.—No dejará de deberse el legado si el heredero

(1) Ley 10, tit. III, lib. XXXIV del Dig.
(2) §. 13, ley 11, lib. XXXII del Dig.
(3) §. 3, ley 31, tit. IV, lib. XXXIV del Dig.

lo exige pendiente la condicion, porque no está en su arbitrio que cuando la condicion llegue, no tenga efecto la voluntad del testador (1).

Damnas esto hæres domum illius reficere.—Las mandas que consisten en la obligacion que el testador impone al heredero de hacer ó no hacer, pertenecen sin duda á la clase de legados de cosas incorporales, y son válidos siempre que sea lícito lo que se manda hacer ú omitir. Mas esto debe entenderse en el caso de que la prohicion del hecho exprese causa, ó haya alguna persona en cuyo favor esté dictada la disposicion del testador, porque de lo contrario carecerá de fuerza la obligacion de no hacer, impuesta al heredero (2).

22 Si *generalitèr* servus vel alia res legatur; *electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.*

Si se lega un esclavo ú otra cosa en general, la eleccion pertenece al legatario, á no haber el testador dispuesto otra cosa. 22

ORIGENES.

Conforme con Pomponio. (Ley 20, lib. XXX del Dig.

Comentario.

Generalitèr.—Hasta aquí se ha considerado á los legados como refiriéndose á objetos ciertos, determinados y diferentes de todos los demás; pero á veces sucede que en la fórmula con que el testador deja la manda, solo hay el número y género de las cosas legadas, porque únicamente se expresa la clase á que pertenecen por caractéres generales que les son comunes con otras semejantes. De aquí dimana la diferencia de legados *de género* y legados *de especie.* Hay *legado de género,* denominacion introducida por los intérpretes, pues que los romanos solo decian *legare rem in genere* ó *rem generalitèr*, como en este párrafo, cuando el testador deja una cosa determinada con relacion á su clase, pero no al individuo ó á la misma cosa que se ha de dar, por ejemplo, cuando dice: *lego un caballo, un esclavo á Mevio*; por el contrario, especie, *species*, en la nomenclatura romana quiere decir un objeto determinado individualmente; así será *legado de especie*, el que deje el testador con estas palabras: *lego mi esclavo Sempronio á Ticio*; *dejo mi caballo blanco á Seyo.*

No todos los legados de género pueden ser subsistentes: por este los antiguos intérpretes hacian divisiones de géneros, que no expongo

(1) §. 2, ley 21, tit. III, lib. XXXIV del Dig.
(2) §. 14, ley 114, lib. XXX del Dig.

por evitar complicaciones innecesarias é inútiles para aclarar esta doctrina. Baste advertir que *el legado de género* necesita tener una determinacion fija por la naturaleza. Así es que si el testador dijere: *lego una cosa á Seyo*, nada haria: semejante manda por su misma indeterminacion seria ilusoria, pues que aun cuando se quisiera suponerla válida, el heredero se libertaria dando una cosa vilísima que ninguna utilidad ni ningun beneficio acarreara al legatario. Lo mismo sucederia si aun determinándola mas, no la especificara del modo conducente á manifestar su voluntad (1): así sucederia si dijese: *lego un animal*, porque el heredero tambien podria decir que cumplia la manda entregando un insecto cualquiera.

Conviene no olvidar que el *legado de género* en la significacion jurídica que se ha dado á esta frase, segun queda dicho, requiere determinacion fija por la naturaleza, porque si la especie determinada es creacion de la mano del hombre, no tiene fuerza la manda. Así sucede cuando el testador lega una casa, una heredad, y no tiene casas ni heredades. La razon de diferencia salta desde luego á la vista: en los objetos que tienen su determinacion por la naturaleza, no puede haber las grandes diferencias que existen en las obras de los hombres: entre un caballo y otro caballo, entre trigo y trigo no hay la distancia de valor que media frecuentemente entre casa y casa, entre finca y finca: por esto dice Ulpiano que semejante legado es mas digno de risa que útil (2). Mas si el testador que así lega tuviere casas ó fincas, se cree que está suficientemente designado el objeto de la manda y que debe darse una de las cosas de aquel género que el testador tenia.

Electio legatarii est.—Por derecho antiguo, tanto en el legado de género como cuando se legaban dos cosas disyuntivamente, variaba el ejercicio de la facultad de elegir, segun la diferente forma con que el legado se dejaba. En el legado *per vindicationem*, la eleccion correspondia al legatario; en el *per damnationem* al heredero: la razon de diferencia consistia en que en el legado *per vindicationem* las palabras imperativas del testador se dirigian al legatario, dándole, legándole ó diciéndole que tomara alguna cosa de la herencia, á lo cual se agregaba que teniendo este la accion de reivindicar la cosa legada, á él correspondia designar (3) y especificar el objeto que demandaba como suyo, lo que supone una eleccion preliminar ó al menos simultánea con la reivindicacion. En el

---

(1) §. 13, tit. VI, lib. III de las Sentencias de Paulo.
(2) §. inicial de la ley 71, lib. XXX del Dig.
(3) Ley 6, tit. I, lib. VI del Dig.

legado *per damnationem*, por el contrario, las palabras imperativas del testador se dirigian al heredero, y el legatario que carecia de la facultad de reivindicar, solo podia demandar al heredero en virtud de una accion personal nacida del testamento, para que como deudor por un cuasi-contrato le pagara la manda que el testador le habia dejado: así el heredero estaba en el caso de los demás deudores, á quienes corresponde la eleccion cuando lo que deben es el género ó una de dos cosas disyuntivamente. La eleccion por lo tanto dependia exclusivamente de la accion que podia entablarse (1), y de las palabras con que se habia dejado el legado. Justiniano, refundiendo en uno los antiguos modos de legar, é igualando á todos los legados en los efectos y acciones que producian, debió establecer la doctrina del texto, puesto que de cualquier modo que se hubiera dejado la manda, siempre correspondia al legatario la reivindicacion. Mas si no hubiere entre los bienes hereditarios cosas del género señalado en la manda, entonces, como seria imposible que el legatario las reivindicase, porque no podia haber adquirido por el testamento la propiedad de que el testador mismo carecia, solo podria entablar la accion personal contra el heredero, y este tendria la eleccion por que seria perseguido como deudor.

La facultad concedida al legatario para la eleccion, no es indefinida; porque ni el heredero puede ser obligado á dar lo mejor, ni el legatario á recibir lo peor (2): doctrina no conforme con la establecida para las obligaciones, de las que se liberta el deudor pagando lo peor de los objetos del mismo género (3).

Nisi aliud testator dixerit.—Fundándose la doctrina que queda expuesta en la voluntad presunta del testador, debe ceder ante la expresion que haya hecho de su intencion contraria.

23 *Optionis legatum*, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, *habebat in se conditionem* et ideô, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad hæredem legatum non transmittebat (*a*). Sed *ex constitutione nostrâ* et hoc ad meliorem statum reformatum est, et data est licentia et hæredi legatarii optare, licèt vivus legatarius hoc non fecit. Et diligentiore tractatu habitô, et hoc in

Con arreglo al derecho antiguo, el legado de opcion, esto es, aquel en que el testador mandaba al legatario que eligiese uno de sus esclavos ó una de sus cosas, llevaba en sí una condicion: y por esto, si el mismo legatario no habia elegido por sí, no trasmitia el legado á su heredero (*a*). Una constitucion nuestra ha reformado esto; por ella hemos concedido la licencia de hacer la opcion al heredero del legatario si este no 23

(1) §. 2 de la ley 108, lib. XXX del Dig.
(2) Ley 37 y 110, lib. XXX del Dig.
(3) Ley 52, tit. I, lib. XVII del Dig.

nostrâ constitutione additum est, ut sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendô, *sive unius legatarii plures hæredes*, et inter se circa optandum dissentiant, aliô aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (*quod plerique prudentium contra benevolentiam, introducebant*), fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte esse hoc dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia in optione præcellat (*b*).

la hubiera hecho en vida. Examinando mas este negocio, hemos añadido en la misma constitucion que en el caso de que existan diferentes colegatarios de opcion, ó bien diferentes herederos de un solo legatario, y no se avengan en el objeto que han de elegir, entonces para que el legado no perezca (como pretendian la mayor parte de los jurisconsultos, poco favorables á la intencion de los testadores) la eleccion pertenezca á aquel á quien la suerte señale (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 5, ley 12, tít. II, lib. XXXVI del Dig.)
(*e*) Esta constitucion es la ley 3, tít. XLIII, lib. VI del Cód.

Comentario.

Optionis legatum.—Por legado de opcion se entiende la facultad personal que se da al legatario de elegir una cosa entre otras para que la tenga como legado; es un legado de cosa incorporal en que el legatario, sin obtener desde luego nada, tiene la facultad de adquirir haciendo la eleccion. No es exacta la opinion de algunos intérpretes que suponen que existe una diferencia entre el legado de opcion y el de eleccion: *optare, eligere, optatio, electio*, son palabras que tienen la misma significacion jurídica (1).

No debe confundirse el legado de opcion ó de eleccion, con el de género ó con el alternativo. Prescindiendo de la diferencia antigua que habia antes de la igualacion de los diversos modos de legar, segun la cual el legado de opcion se dejaba siempre con la fórmula *per vindicationem*, y el de género y el alternativo ó con la misma fórmula ó con la de *per damnationem*, hay que considerar que en el legado de opcion, la eleccion está solemnemente expresada, y en el de género y en el alternativo se sobreentiende. De aquí dimana que en el primero la eleccion del legatario es esencial, al paso que en los segundos, como se ha dicho en el comentario del párrafo anterior, la eleccion algunas veces compete al heredero. A esta diferencia se agregan otras no menos importantes, tales son: que el legatario puede hacer la opcion sobre la cosa mejor de las que estén comprendidas en

(1) Rúbrica del tít. V, lib. XXXIII del Dig; y §. inicial de la ley 2, del mismo título y libro.

el legado (1), y que tiene la accion *ad exhibendum* contra el heredero, para obligarlo á que presente aquellas sobre que pueda ejercitarse el derecho de eleccion (2).

Habebat in se conditionem.—Esta era otra de las diferencias que habia antes entre el legado de opcion y los de género y alternativo: estos últimos eran simples y puros y se trasmitian por lo tanto á los herederos del legatario, con tal que este hubiera sobrevivido solo por un momento al testador. El legado de opcion, al contrario, en tanto se trasmitia, en cuanto se realizaba la condicion implícita que llevaba en sí mismo, esto es, cuando hacia el legatario en vida la eleccion. Infiérese de aquí que el legado de opcion, antes de que esta se verificase, contenia una facultad tan personal al legatario, como lo podia ser el derecho de usufructo ó el de uso.

Ex constitutione nostrâ.—La principal innovacion que Justiniano introdujo por esta constitucion, fué la de considerar como puro el legado que hasta entonces habia sido reputado como condicional.

Sive unius legatarii plures hæredes.—Como antes de la constitucion de Justiniano el legado de opcion solo era trasmisible á los herederos despues de hecha la eleccion, es claro que entonces no podia llegar el caso de desacuerdo entre los herederos del legatario, porque no tenian derecho de elegir.

Quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant.—Con razon, á mi modo de entender, Vinnio y Pothier suponen que los redactores de estas Instituciones cometieron un doble error al suponer que los herederos del legatario podian discordar en la eleccion, y que habia division entre los jurisconsultos antiguos acerca de la decision de semejante punto, porque nada de esto cabia cuando el legado no era trasmisible á los herederos del legatario.

24 Legari autem illis solis potest, *cum quibus testamentifactio est,*	Solo pueden dejarse legados á aquellos con los cuales tenemos testamentifaccion. 24

Comentario.

Cum quibus testamentifactio est.—En otro lugar he explicado cómo debe entenderse esta frase. Lo que dice el texto, sin embargo, no es suficiente en mi opinion para comprender completamente las personas que podian ser agraciadas con mandas. Algunas limitaciones hubo por derecho antiguo que desaparecieron antes del imperio de Justiniano,

(1) §. 3 de la ley 9, tit. III, lib. IV; y §. inicial de la ley 2, tit. V, lib. XXXIII del Dig.
(2) Leyes 4 y 5, y §. 3 de la ley 8, tit. V, lib. XXXIII del Dig.

tales eran: las que provenian de la ley Voconia, que prohibia que las mujeres recibiesen mas que una cantidad determinada; las que traian su origen de las leyes Julia y Papia Poppea, por las que los célibes que llegaban á cierta edad y los casados sin hijos, tenian una incapacidad parcial que les impedia percibir el completo de lo que se les dejaba, disposiciones que existieron hasta el tiempo de Constantino, y de que aun aparecen algunos vestigios en el Digesto. Pero si bien cesaron estas prohibiciones, los Emperadores Teodosio y Valentiniano (1), y despues Justiniano (2) declararon á los herejes incapaces de recibir, no solo herencias, sino tambien legados ó fideicomisos, aunque fuera en virtud de testamentos militares.

25 *Incertis* verò *personis neque legata, neque fideicommissa* olim relinqui concessum erat: nam *nec miles quidem* incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. *Incerta* autem *persona videbatur*, quam incertâ opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat: QUICUMQUE FILIO MEO IN MATRIMONIUM FILIAM SUAM DEDERIT, EI HÆRES MEUS ILLUM FUNDUM DATO: illud quoquè, quod his relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt, æquè incertæ personæ legari videbatur: et deniquè multæ aliæ hujusmodi species sunt (*a*). *Libertas* quoquè *non videbatur posse incertæ personæ dari* quia placebat nominatim servos liberari (*b*). Tutor quoquè certus dari debebat (*c*). Sub certâ verò demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ, rectè legabatur, veluti: EX COGNATIS MEIS, QUI NUNC SUNT, SI QUIS FILIAM MEAM UXOREM DUXERIT, EI HÆRES MEUS ILLAM REM DATO (*d*). Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta et per errorem soluta *repeti non posse*, sacris constitutionibus cautum erat.

Antiguamente no podian dejarse 25
ni legados ni fideicomisos á personas inciertas, lo que acontecia tambien en el testamento militar, como lo determinó el Emperador Adriano en un rescripto. Reputábase como persona incierta aquella que el testador no habia tenido presente de una manera precisa, por ejemplo, si decia: MI HEREDERO DÉ TAL HEREDAD Á AQUEL QUE DIERE SU HIJA EN MATRIMONIO Á MI HIJO. Se consideraba que tambien se dejaba á persona incierta lo que el testador legaba á los que despues de su testamento fueran los primeros cónsules designados, lo que era extensivo á otros ejemplos semejantes (*a*). No podia tampoco dejarse la libertad á una persona incierta, porque se tenia como regla que la libertad debia darse nominalmente á los esclavos (*b*). El tutor habia de ser tambien persona cierta (*c*). Mas era lícito legar con una demostracion cierta, esto es, á una persona incierta de otras ciertas, por ejemplo: MI HEREDERO DÉ TAL COSA Á AQUEL DE MIS COGNADOS, QUE VIVIENDO AHORA, SE CASE CON MI HIJA (*d*). En el caso de que los legados ó fideicomisos dejados á perso-

(1) Leyes 4 y 5, tít. V, lib. I del Cód.
(2) Ley 22 del mismo título y libro.

26 *Posthumo* quoquè *alieno inutilitèr legabatur*: est autem alienus posthumus, qui, natus, inter suos hæredes testatoris futurus non est: ideoque ex emancipatô filiô conceptus nepos extraneus erat posthu-
27 mus avo (*e*). Sed nec hujusmodi species penitùs est sine justâ emendatione derelicta, cum *in nostrô codice* constitutio (*f*) posita est, per quam et huic parti medevimus, non solùm in hæreditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis; quod evidentèr ex ipsius constitutionis lectione clarescit. *Tutor* autem *nec* per nostram constitutionem *incertus dari debet*, quia certô judiciô debet quis pro tutelâ suæ posterita-
28 ti cavere. Posthumus autem alienus hæres institui *et anteà poterat*, *et nunc potest*, nisi in uterô ejus sit, *quæ jure nostrô uxor esse non potest* (*g*).

nas inciertas hubieran sido pagados por error, el heredero no podia reclamar lo pagado, con arreglo á las constituciones imperiales. Igualmen- 26
te era inútil el legado que se dejaba al póstumo ajeno: llámase póstumo ajeno aquel que á su nacimiento no está entre los herederos *suyos* del testador; y por lo tanto, el nieto engendrado por un hijo emancipado, era póstumo ajeno con respecto al abuelo (*e*). No queriendo nosotros 27
dejar pasar este punto sin la reforma conveniente, insertamos en nuestro Código una constitucion (*f*), por la cual corregimos el derecho antiguo, no solamente por lo que toca á las herencias, sino tambien en lo que se refiere á los legados y fideicomisos, como aparece por su lectura. Hemos sostenido la prohibicion de que una persona incierta sea nombrada tutor, porque debe atenderse con juicio deliberado á la tutela de la posteridad. Mas el 28
póstumo ajeno podia ser instituido heredero antes, y tambien lo puede ser ahora, á no estar en el seno de una mujer que con arreglo á las leyes, no pueda casarse con el testador (*g*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 238, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 239, Com. II de sus Inst.)
(*c*) Copiado de Cayo. (§. 240, Com. II de sus Inst.)
(*d*) Conforme con Cayo. (§. 238, Com. II de sus Inst.)
(*e*) Tomado de Cayo (§. 241, Com. II de sus Inst.)
(*f*) Esta constitucion que, como aqui se dice, estaba en el primer Código de Justiniano, solo se encuentra mencionada en el «repetitæ prælectionis.» (Constitucion única del tít. XLVIII, lib. VI.)
(*g*) Conforme en las últimas palabras con Paulo. (§§. 1, 3 y 4, ley 9, tít. II, lib. XXVIII del Dig.

Comentario.

Incertis personis—Los antiguos, al interpretar la facultad de testar que las leyes de las Doce Tablas otorgaron á los ciudadanos, di-

jeron siempre que debia usarse con intencion deliberada, y no consideraban que obraba como persona cuerda quien dejaba el todo ó parte de sus bienes á una persona incierta.

Neque legata, neque fideicommissa.—Siendo, con arreglo al derecho antiguo, nulas é insubsistentes las mandas dejadas á personas inciertas, los testadores frecuentemente les daban la forma de fideicomisos para evitar de este modo la nulidad de que adolecian, viniendo así á quedar por medios indirectos defraudado el espíritu de las leyes. Para cortar este abuso, en tiempo del Emperador Adriano se dió el senado-consulto á que se refiere el texto.

Nec miles quidèm.—El principio en que se funda la prohibicion de legar á personas inciertas, obra-tan de lleno en los testamentos militares como en los demás.

Incerta persona videbatur.—Téngase presente que una persona puede ser desconocida del testador sin ser por eso incierta.

Libertas non videbatur posse incertæ personæ dari.—Al exigir la ley Furia Caninia, de que se ha hablado ya en el Libro primero de estas Instituciones, que se diese la libertad á los esclavos nominalmente, implícitamente prohibia que se diera al esclavo incierto.

Repeti non posse.—El heredero no estaba civilmente obligado á dar la manda á la persona incierta á quien la habia dejado el testador; mas en caso de satisfacerla por error, no podia obtener la devolucion de lo dado por la *condictio indebiti*, accion personal que competia á los que por equivocacion pagaban lo que no debian, pues que existia una obligacion natural, aunque desprovista de fuerza civil de obligar: doctrina que recibirá la ampliacion conveniente al tratar de las obligaciones.

Posthumo alieno inutilitèr legabatur.—Queda ya manifestado en otro lugar que el no nacido se reputaba como persona incierta, que primitivamente no podia ser instituido heredero, ni recibir nada por última voluntad, que mucho tiempo antes del imperio de Justiniano se habia modificado el rigor del antiguo derecho, y que se podia desheredar ó instituir á los póstumos herederos *suyos*, y de consiguiente con mayor razon dejarles un legado. La incapacidad solo comprendia los póstumos ajenos, esto es, aquellos que cuando nacieran, no debian estar en potestad del testador, y que por lo tanto no se encontraban entre los herederos *suyos*.

In nostrô codice.—Como queda dicho en los orígenes, de esta constitucion no se conserva sino un ligero resúmen que de ella hay en el Código *repetitæ prælectionis*.

Tutor nec incertus dari debet.—Absurdo seria confiar al acaso la educacion, el porvenir y los intereses del pupilo, por esto con razon establece el Emperador la doctrina del texto.

Et anteà poterat.—Contradictorias parecen las palabras *posthumus alienus heræs institui anteà poterat*, con las que en este mismo texto están escritas antes, *posthumo quoquè alieno inutilitèr legabatur*. No presenta, sin embargo, dificultad su conciliacion: basta al efecto distinguir entre el derecho civil y el derecho pretorio: entre la herencia y la *bonorum posesion*. La institucion hecha á favor del póstumo ajeno era nula con arreglo al derecho civil, y por lo tanto el heredero nombrado no podia recibir la herencia; pero en su auxilio venia el derecho pretorio dándole la *bonorum posesion secundùm tabulas*, hasta que Justiniano lo admitió á la herencia (1). Así las palabras que en primer término he citado, significan que la institucion del póstumo ajeno valia antes por derecho pretorio, no por el civil.

Et nunc potest.—Segun acabo de indicar, Justiniano hizo que fuera válido con arreglo al derecho civil lo que antes solo era por el honorario.

Quæ jure nostrô uxor esse non potest.—Dos distintas significaciones pueden darse á estas palabras; ó bien entendiéndolas de la mujer que tiene una imposibilidad absoluta para casarse, ó bien de aquella que solo está inhabilitada con relacion á la persona del testador. La *Paráfrasis* de Teófilo las toma en el último sentido; pero en este supuesto, si se entendieran literalmente, conduciria á un absurdo, porque no pudiendo nadie contraer matrimonio con su hija ó con su hermana vendria á establecerse una incapacidad en los descendientes y en parientes muy inmediatos del testador, é implicaria que el póstumo ajeno fuera admitido á un beneficio de que estaban excluidos los nietos y los sobrinos. El objeto de la prohibicion del texto fué favorecer las buenas costumbres, impidiendo enriquecer por última voluntad al fruto de un comercio ilícito: por eso debe entenderse á mi juicio, de la mujer que, estando incapacitada legalmente para contraer matrimonio con el testador, hubiere concebido hijos de él; en tal caso el hijo póstumo no podria ser instituido heredero por su padre.

Antes de concluir este comentario, debo decir que además de las personas inciertas, de que habla el texto, hay tambien personas jurídicas que antiguamente eran reputadas como inciertas, á las que se otorgó, como en otro lugar se ha visto, la facultad de ser herederas: á esto era consiguiente que se les diese el derecho de ser legatarias; así sucedió con las ciudades, las corporaciones lícitas y los pobres.

29 Si quis in *nomine*, *cognomine*, *prænomine* legatarii erraverit tes-	Si el testador errare en el nombre, en el sobre-nombre, ó en el 29

(1) §. inicial, tít. IX, lib. III de estas Inst.

tator, *si de personâ constat*, nihilominùs valet legatum; idemque in hæredibus servatur, et rectè: nomina enim significandorum hominum gratiâ reperta sunt, qui si quôlibet aliô modô intelligantur, nihil interest.

ante-nombre del legatario, vale el legado si consta de la persona á quien se deja, lo que sucede tambien en la institucion de heredero, y con razon, porque sirviendo los nombres para designar á las personas, nada importa que sean designadas de otra manera con tal que conste quienes sean.

ORIGENES.

Conforme con Juliano. (§. 2, ley 8, tít. XI, lib. XXXVII del Dig.)

Comentario.

Nomine cognomine, prænomine.—*Prænomen* era el nombre propio de cada uno; *nomen* el de la *gente* á que pertenecia, es decir, el nombre gentilicio; *cognomen* el nombre de familia. Así el nombre propio de Ciceron era Marco, el de su gente Tulio, y el de su familia Ciceron. En defecto de correspondencia exacta en el idioma castellano, he traducido *prænomen*, ante-nombre; *nomen*, nombre; *cognomen*, sobre-nombre. Además de estas designaciones, usaban tambien á veces los romanos otra, á que llamaban *agnomen* tomada de algun acontecimiento notable ó de alguna calidad de la persona á quien se ponia; así, por ejemplo, á Publio Scipion se dió el nombre de *Africano.*

Si de personâ constat.—Necesario es que conste de un modo evidente la persona del legatario para que la manda subsista doctrina que no es peculiar á este tratado de legados, sino extensiva á los demás del derecho (1). Si el mismo nombre ó la misma designacion conviene á muchas personas, ninguna de ellas obtendrá el legado (2); pero para que esto se verifique, necesario es apurar antes todos los medios que sirvan para conocer la verdadera intencion del finado (3).

30 Huic *proxima est* illa juris regula, *falsâ demonstratione* legatum non perimi. Veluti si quis ita legaverit STICHUM SERVUM MEUM VERNAM DO LEGO: licet enim non verna, sed

Con la regla que precede guarda analogía la siguiente, *la demostracion falsa no vicia el legado*, por ejemplo, si alguno dice: LEGO Á STICO, QUE HA NACIDO ESCLAVO MIO, 30

(1) §. 8, ley 9, tít. V, lib. XXVIII: ley 6, tít. I, lib XII; y §. inicial, ley 34, tít. I, lib. XXXV del Dig.

(2) §. 7 de la ley 3, tít. IV; y ley 11, tít. V, lib. XXXIV del Dig.

(3) Ley 25, tít. V, lib. XXXVI del Dig.

emptus sit, de servô tamen constat, utile est legatum. Et convenientèr, si ità demonstraverit. STICHUM SERVUM, QUEM A SEIO EMI, sitque ab aliô emptus, utile est legatum, si de
31 servô constat (*a*). *Longè magis* legato *falsa causa* non nocet. Veluti cum ità quis dixerit, TITIO, QUIA ABSENTE ME NEGOTIA MEA CURAVIT, STICHUM DO LEGO; vel ità, TITIO, QUIA PATROCINIO EJUS CAPITALI CRIMINE LIBERATUS SUM, STICHUM DO LEGO: licèt enim neque negotia testatoris unquàm gessit Titius, neque patrociniô ejus liberatus est, legatum tamen valet. Sed si conditionalitèr enuntiata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modô: TITIO, SI NEGOTIA MEA CURAVERIT, FUNDUM DO LEGO (*b*).

porque aunque él no haya nacido en la casa del testador, sino que este le haya comprado, el legado es útil, con tal que conste de la identidad del esclavo. Lo mismo sucederá si hiciere la designacion diciendo: LEGO EL ESCLAVO STICO, QUE COMPRÉ Á SEYO, porque aunque sea otra persona la que se lo haya vendido al testador, con tal que tambien conste de la identidad del esclavo, subsistirá el legado (*a*). Con 31
mayor razon la causa falsa no invalida el legado, como si el testador dijera: DOY, LEGO Á TICIO, PORQUE CUANDO YO ESTABA AUSENTE, HA ADMINISTRADO MIS NEGOCIOS, ó LEGO MI ESCLAVO STICO Á TICIO, PORQUE CON SU DEFENSA ME HA LIBERTADO DE UNA ACUSACION CAPITAL, pues aunque Ticio no haya administrado los negocios del testador, ni lo haya libertado con su defensa, vale el legado. No sucede así cuando la causa se ha puesto condicionalmente, por ejemplo: DOY, LEGO UNA HEREDAD Á TICIO, SI HUBIERE CUIDADO MIS NEGOCIOS (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 19, tít. XXIV de sus Reglas.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§§. 2 y 3, ley 17, tít. 1, lib. XXXV del Dig.)

Comentario.

Proxima est.—Lo que se ha dicho en el texto anterior respecto al error del nombre de la persona, se hace aqui extensivo á toda demostracion que se exprese, ó bien para señalarla, ó bien para demostrar la cosa legada, estableciéndose el mismo principio, esto es, que el error padecido por el testador no perjudica al legado, con tal que conste de un modo evidente la voluntad del que lo dejó.

Falsâ demonstratione.—Debe cuidarse de no confundir la *demostracion* ó la *designacion* con la *determinacion* del legado: la *demostracion* es el señalamiento de la cosa, que aunque sea inexacto, ni impide que la cosa exista, ni que sea conocida por señales mas adecuadas. La *determinacion*, por el contrario, se refiere al carácter específico y

esencial del objeto, que sin ella no puede ser reconocido. De esta diferencia dimana que al mismo tiempo que la falsa demostracion no vicia el legado, la determinacion falsa lo hace nulo, porque lo deja sin objeto, del mismo modo que si se hubiese legado una cosa que no existia. Por lo tanto si el testador dijere: *dejo á Ticio cien sólidos, que tengo depositados en tal parte*, y resultare que no habia semejante depósito, nada deberia el heredero, porque en esta manda no se habia dejado la suma de cien sólidos en general, sino una cantidad especial, un objeto cierto que no puede ser reemplazado con otro (1). Por el contrario, la demostracion falsa en los casos de que habla el texto y cuando resulta bien designada la persona del legatario y la cosa legada, es solamente una adicion supérflua, que no puede viciar la voluntad manifiesta del testador (2).

Longè magis.—Con razon dice Justiniano que la causa falsa añadida al legado es aun menos suficiente para viciarlo que el error en el nombre ó la demostracion equivocada, porque el nombre y la demostracion están íntimamente ligados con la manda, como que se emplean para designar al legatario ó la cosa legada, pero la causa del legado es en cierto modo independiente de él, porquė no solo se puede, sino que tambien se acostumbra legar sin ella. En efecto, el legado es una donacion, acto determinado por la liberalidad, que no necesita justificarse en hechos que la motiven; consecuencia de esto es que si el heredero pretendiera probar la falsedad de la causa alegada, nada adelantaria, porque el legado reducido á una disposicion inmotivada subsistiria, mientras no se probase que el testador habia cambiado su voluntad. Esto dice concisamente Papiniano (3) en las siguientes palabras *ratio legandi legato non cohæret.* Al heredero corresponde probar que si el testador hubiera conocido el error, no hubiera legado.

Falsa causa.—No debe confundirse la *causa* del legado con la *condicion* y con el *modo*, cuyas diferencias indicaré ligeramente para evitar errores. La condicion, como ya en otras ocasiones se ha dicho, se refiere á un acontecimiento futuro é incierto; la causa, segun lo indican suficientemente los ejemplos del texto, proviene de un acontecimiento pasado; el modo es el fin por que el testador se mueve á hacer el legado. Así si el testador dijere: *dejo á Seyo mil sextercios si fuere cónsul*, el legado es condicional; si dijere: *dejo á Seyo mil sextercios por el cuidado que ha tenido en la educacion de mis hijos*,

---

(1) Ley 51, y §. 2 de la ley 75, lib. XXX del Dig.
(2) §. 1 de la ley 17, tít. I, lib. XXXV del Dig.
(3) §. 6 de la ley 62, tít. I, lib. XXXV del Dig.

el legado es con causa; por último, si dijere: *dejo á Seyo mil sextercios para que construya mi sepulcro*, el legado seria hecho bajo modo, *sub modô*. Los efectos de estos legados son diferentes: al mismo tiempo que en el condicional, segun queda expuesto, el dia cede y viene cuando existe la condicion, en los legados con causa y bajo modo, el dia cede y viene inmediatamente que se verifica la muerte del testador. Pero hay una diferencia entre estas dos últimas clases de legados, porque en el hecho con causa el legatario obtiene la cosa sin quedar sujeto á ninguna responsabilidad, lo que no sucede en el dejado bajo modo, porque, aunque inmediatamente puede obtener el legatario la manda, está obligado á cumplir la carga que señaló el testador, dando al efecto caucion al heredero (1), y si no la cumpliere, podrá ser compelido á devolver la cosa legada.

Aunque queda dicho que en los legados condicionales el dia cede y viene cuando se verifica la condicion, esto no es extensivo respecto á condiciones que consisten en no hacer. No pudiendo ser cumplidas estas en vida del legatario, si suspendieran el efecto del legado, sucederia que el agraciado por el testador no podria jamás disfrutar del beneficio que se le concedió, lo que vendria á hacer ineficaz el legado. Atendiendo al favor con que deben ser miradas las últimas voluntades, los jurisconsultos escogitaron un medio para templar rigor tan excesivo; este fué que el legatario tuviera derecho al legado y pudiera reclamarlo, dando una caucion que llamaron *Muciana* del nombre de su introductor Quinto Mucio Scevola, caucion aplicable tambien á la institucion de heredero. En virtud de ella el legatario se obliga y garantiza al heredero que restituirá, en caso de quebrantar la voluntad del testador, todo lo que hubiere recibido, con los frutos del tiempo durante el que tuvo la cosa legada (2). Pero la condicion de no hacer es á las veces susceptible de cumplimiento antes de la muerte de aquel á quien se impone: en este caso se sigue la regla general de las condiciones, y por lo tanto hasta que se verifica la establecida por el testador, queda suspensa su disposicion, y el legatario no obtiene el cumplimiento provisional de la manda ofreciendo la caucion Muciana, sino que tiene que esperar á que cese la incertidumbre de un hecho que puede verificarse en su vida (3).

32 An servo hæredis rectè legamus, *quæritur*. Et constat, *purè inutilitèr legari*, nec quicquam proficere,

Puede preguntarse si será válido el legado dejado al esclavo del heredero. Está fuera de duda que esto es 32

(1) Ley 19, lib. XXXII del Dig.
(2) §. inicial, ley 7; §. 2, ley 79, tít. I, lib. XXXV, y §. 2, ley 78, lib. XXXI del Dig.
(3) §. 2, ley 72; §. 5, ley 101; y ley 106, tít. I, lib. XXXV del Dig.

si vivô testatore de potestate hæredis exierit, quia, quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideò valere, quia diutiùs testator vixerit. *Sub conditione verò rectè legatur*, ut requiramus, an, quô tempore dies legati cedit, in potestate hæredis non sit,

33 Ex diversô, hærede institutô servô, quin domino *rectè etiam sine conditione legetur, non dubitatur*. Nam et, si statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui hæres sit, dies legati cedere intelligitur, cum hæreditas à legatô separata sit, et possit per eum servum alius hæres effici, si priùs, quàm jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse hæres efficitur: quibus casibus utile est legatum; quod si in eâdem causâ permanserit, et jussu legatarii adierit, evanescit legatum.

inútil cuando se deja puramente el legado, y que no aprovechará al legatario haber salido de poder del heredero en vida del testador, porque el legado que hubiera sido nulo si inmediatamente despues de otorgado el testamento falleciera el testador, no puede valer por el mero hecho de haber vivido este mas tiempo. Pero si el legado fuere condicional, podrá ser subsistente si el legatario, cuando cede el dia, ha salido del poder del heredero. Por el contrario, se puede, 33
aun sin condicion, dejar una manda al dueño del esclavo instituido, porque aun dado caso que el testador muera inmediatamente despues de otorgado el testamento, no se entiende que el dia del legado cede despues de haber adido el heredero, siendo la herencia cosa separada del legado, y pudiendo por medio de este esclavo resultar otro heredero, si antes de hacer la adicion por órden de su señor, ha pasado al poder de otra persona ó adquiriendo la libertad, ha quedado él mismo por heredero: en estos casos será útil el legado. Mas si el esclavo continúa en el mismo estado y ade la herencia por mandato del legatario, será ineficaz el legado.

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§§. 23 y 24, tít. XXIV de sus Reglas)

Comentario.

Quæritur.—Discordes estaban los antiguos jurisconsultos acerca de si debia considerarse como válida la manda dejada al que estaba en potestad del heredero: Cayo (1) manifiesta sus diferentes opiniones y los fundamentos en que las apoyaban. Servio Sulpicio sostenia que podia legarse, ó bien pura, ó bien condicionalmente, que se desvanecia la manda si al ceder el dia estaba aun el legatario en potestad

(1) §. 244 del Com. II de sus Inst.

del heredero, y por el contrario que el legado puro quedaba subsistente si se habia disuelto el vínculo de la potestad al tiempo de la muerte del testador, así como el condicional cuando la potestad no existia al cumplirse la condicion. La escuela de Próculo, atendiendo solamente al estado que tenia el legatario al otorgarse el testamento, y considerando que nadie podia deber á un esclavo, ni pura ni condicionalmente, reputaba siempre ineficaz el legado. Los Sabinianos adoptaron una opinion intermedia, á saber, que el legado puro fuera insubsistente, y subsistente el condicional, fundándose para no considerar válido el puro, en que si bien era cierto que en vida del testador podia el legatario dejar de estar en poder del heredero, debia ser nulo el legado, porque la circunstancia de haber vivido el testador mas tiempo, no era motivo para que tomase fuerza la manda que no la tendria si hubiera fallecido el que la dejó inmediatamente despues de otorgar su testamento, circunstancia que no concurria en los legados condicionales. Esta es la opinion que sigue Justiniano.

Purè inutilitèr legari.—Los conceptos de heredero y de legatario no pueden reunirse en una misma persona, por la incompatibilidad de los encontrados conceptos de acreedor y de deudor. Esta amalgama imposible vendria á resultar, si se reputara subsistente el legado dejado al esclavo del heredero (1), porque solo en representacion y en beneficio de su dueño podia adquirir la manda. Entiéndese esto cuando hay un solo heredero; cuando son varios, puede dejarse á uno de ellos un legado, como ya se ha visto que sucedia con el llamado *per præcepcionem*, si bien en este caso la manda gravará á los otros coherederos, y no al coheredero legatario (2), no confundiéndose por lo tanto en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor.

Si vivô testatore de potestate hæredis exierit.—La dificultad consistia en este caso en que cediendo el dia de los legados al tiempo de la muerte del testador, tenia ya entonces capacidad de adquirir el esclavo que habia salido de la potestad del heredero. La aplicacion de la regla Catoniana, de que he hablado en otro lugar, resuelve la cuestion, pues que segun ella para apreciar la validez ó la nulidad de un legado puro, debe atenderse al tiempo de la formacion del testamento.

Sub conditione verò rectè legatur.—A la razon antes indicada de que en los legados condicionales no cede el dia hasta el cumplimiento de la condicion, se agrega tambien que, como en otro lugar

---

(1) §. 22.
(2) §§. 5 y 5 de la ley 104 y §. 1 de la ley 116, lib. XXX del Dig.

queda expuesto, no es extensiva á ellos la regla Catoniana. Si el esclavo, pues, continúa bajo la potestad del heredero al cumplirse la condicion, será insubsistente el legado; mas si ha adquirido la libertad ó ha pasado á poder de otro, producirá su efecto, porque ó el mismo manumitido ó el nuevo dueño obtendrán el legado sin que se confundan los conceptos de heredero y legatario, y de acreedor y deudor.

Rectè etiam sine conditione legetur, non dubitatur.—El legado puro dejado al dueño del esclavo que ha sido instituido heredero puede ser válido y producir todo su efecto. Aun suponiendo que el testador muera inmediatamente que ha otorgado la última voluntad, tendremos que en el momento mismo de su fallecimiento cede el dia del legado; pero no es tan súbita la adquisicion de la herencia, puesto que necesita la adicion, y solo por ella el dueño del esclavo puede tener la representacion jurídica del difunto. Esto supuesto, en el tiempo que media entre la muerte del testador y la adicion, puede muy bien suceder que el esclavo instituido ó adquiera la libertad, ó pase á poder de otro dueño, y sucediendo una de estas dos hipótesis, ó hará la adicion para sí mismo, ó para su nuevo señor. Pero si al tiempo de la adicion permaneciera aun sujeto al mismo dueño, seria inútil el legado, porque los conceptos de heredero y legatario, de acreedor y deudor vendrán á confundirse en una misma persona.

34 *Ante hæredis institutionem* inutilitèr anteà legabatur, scilicèt quia testamenta vim ex institutione hæredum accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti hæredis institutio. Pari ratione nec libertas ante hæredis institutionem dari poterat (*a*). Sed quia incivile esse putavimus, ordinem quidèm scripturæ sequi (quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem, per nostram constitutionem (*b*) et *hoc vitium emendavimus*, ut liceat, et ante hæredis institutionem, et inter medias hæredum institutiones, legatum relinquere, et multò magis libertatem, cujus usus favorabilior est.

Anteriormente eran nulos los legados que precedian á la institucion de heredero, porque de esta toma su fuerza el testamento, de donde proviene que se la considere como su fundamento y su cabeza. Por la misma razon ni aun el legado de libertad que estaba antes de la institucion de heredero, era subsistente (*a*). Mas pareciéndonos poco ajustado á razon seguir así el órden de la escritura (lo que ya fué reprobado por los antiguos) y despreciar la voluntad del testador, corregimos esto por medio de una constitucion (*b*), declarando válidos los legados, ó bien estén colocados antes, ó en medio de la institucion de heredero, y con mayor motivo los de libertad por ser mas dignos de consideracion. 34

ORIGENES.

(a) Copiado de Cayo. (§§. 229 y 230, Com. II de sus Inst.)
(b) Esta constitucion se refiere á la ley 24, tít. XXIII, lib. VI del Cód.

Comentario.

Ante hæredis institutionem.—Como he manifestado en otras ocasiones, lo primero que necesitaba el testador era tener un súbdito á quien imponer su voluntad: todo lo que se hacia antes de que existiese este súbdito, no tenia fuerza alguna. Los fideicomisos, sin embargo, valian aunque estuvieran escritos antes de la institucion, cosa que no debe extrañarse cuando podian dejarse en codicilos. Respecto al nombramiento de tutores estaban divididas las antiguas escuelas: los Sabinianos solo lo consideraban eficaz en caso de seguir á la institucion; los Proculeyanos, fundándose en que el nombramiento de tutor no gravaba la herencia, lo creian válido, cualquiera que fuera la parte del testamento en que se hallara (1), opinion que habia prevalecido antes de Justiniano, por lo que sin duda no juzgó este necesario señalar en su reforma el lugar que debia ocupar el nombramiento de tutor.

Hoc vitium emendavimus.—Atento solo Justiniano á que se cumpliera la voluntad del testador, con razon no se sujetó para reformar lo conveniente á razones históricas, que, por importantes que fueran en otra época, no tenian ningun interés de actualidad en la suya.

35 *Post mortem* quoquè *hæredis aut legatarii* simili modò inutilitèr legabatur: veluti si quis ità dicat, CUM HÆRES MEUS MORTUUS ERIT, DO LEGO; itèm, PRIDIE, QUAM HÆRES AUT LEGATARIUS MORIETUR (a). Sed simili modò et hoc *correximus*, firmitatem hujusmodi legatis *ad fideicommissorum similitudinem* præestantes, ne vel in hoc casu deterior causa legatorum, quam fideicommissorum inveniatur (b).

Tampoco podia hacerse válidamente un legado, cuyo cumplimiento se rifiriese á la muerte del heredero ó del legatario, por ejemplo, si alguno dijera: LEGO CUANDO MI HEREDERO HAYA MUERTO, ó bien, LEGO PARA LA VÍSPERA DEL DIA EN QUE MI HEREDERO Ó MI LEGATARIO MUERA (a). Hemos corregido esto igualmente y dado firmeza, á imitacion de los fideicomisos, á semejante clase de legados, para que en este punto no sean de peor condicion que los fideicomisos (b). 35

(1) §. 231 del Com. II de las Inst. de Cayo.

ORIGENES.

(a) Tomado de Cayo. (§. 232, Com. II de sus Inst.)
(b) La constitucion en que se dispuso esto es la ley 11, tít. XXXVII, lib. VIII del Cód.

Comentario.

Post mortem hæredis.—El legado era una carga que se imponia al heredero: si no habia de satisfacerse hasta despues de la muerte de este, no se cumplia la intencion de la ley, porque en lugar de imponerse la carga al heredero, se impondria al heredero del heredero. Está razon se consigna por Ulpiano (1): *ne ab hæredis hærede legari videatur, quod juris civilis ratio non patitur*. Conviene, sin embargo, observar la sutileza con que los jurisconsultos distinguian el legado hecho con la fórmula *cuando el heredero muera, cum hæres moriatur*, del que se hacia para *despues de la muerte del heredero, post mortem hæredis ó cum hæres mortuus erit*. En el primer caso, *cum hæres moriatur*, el legado era válido (2), porque el dia cedia antes de la muerte del heredero, pues que el último momento de la vida se adscribe á la vida: siendo ya entonces deudor el heredero, trasmitia al suyo la deuda. Lo contrario sucedia en el segundo caso, *cum hæres mortuus erit*, porque no habiendo comenzado el heredero á ser deudor en vida, no trasmitia á sus herederos una obligacion que en él no habia radicado.

Aut legatarii.—Ni Cayo, ni Ulpiano, ni ningun otro jurisconsulto de la edad clásica hablan del legatario; y Justiniano, que tomó literalmente de las Instituciones de Cayo las palabras, con que el texto comienza, añadió las de *aut legatarii* á las demás de que habia usado el jurisconsulto. Sin embargo, esta adicion es una consecuencia de las doctrinas antiguas, porque no viniendo el dia hasta despues de la muerte del legatario, es claro que no podia trasmitir á sus sucesores el derecho que en él no habia comenzado.

Pridiè, quàm hæres aut legatarius morietur.—Poco satisfecho se muestra Cayo (3) de esta decision, cuya razon desconoce: sus palabras *quod non pretiosâ ratione receptum videtur*, manifiestan cuán poco acertada le parecia. En efecto, aunque no se sepa cuál es la víspera del dia de la muerte del heredero ó del legatario hasta despues de su fallecimiento, siempre será cierto que el heredero quedó con la obligacion de satisfacer un legado, y que si él no lo hace, debe hacer-

---

(1) §. 16 del tít. XXIV de sus Reglas.
(2) §. 16 citado.
(3) §. 232 del Com. II de sus Inst.

lo el que le suceda y represente su persona jurídica. Lo que aquí hay realmente, no es la imposibilidad de que el legado tenga efecto en vida del heredero, sino que hasta despues de la muerte se ignora la llegada del dia que se le ha agregado como término. Ni sirve que se diga con Teófilo que este legado es igual al que se dejara para despues de la muerte, porque hasta que esta se verifica, no puede saberse cuál ha sido la víspera: el mismo argumento podria entonces aplicarse al legado *cum hæres moriatur*, que, como antes se ha visto, era subsistente á pesar de que hasta que ocurria la muerte, no se podia decir cuál era el último momento de la vida.

Correximus.—Como se verá mas adelante, Justiniano (1) derogó la antigua regla del derecho, en cuya virtud la obligacion que no habia comenzado en el difunto ó contra el difunto, no podia comenzar en el heredero ó contra el heredero (2): obró por lo tanto lógicamente destruyendo todas las consecuencias de este principio, ó introduciendo la reforma que el texto comprende.

Ad fideicommissorum similitudem.—La igualacion que hizo Justiniano de los legados y fideicomisos en sus efectos, exigia tambien esta innovacion.

36 *Pœnæ* quoque *nomine utilitèr legabatur* et adimebatur vel transferebatur. *Pœnæ* autem *nomine legari videtur*, quod coërcendi hæredis causa relinquitur, quò magis is aliquid faciat, aut non faciat: veluti si quis ità scripserit, HÆRES MEUS, SI FILIAM SUAM IN MATRIMONIUM TITIO COLLOCAVERIT (vel ex diversô, SI NON COLLOCAVERIT), DATO DECEM AUREOS SEIO, aut si ità scripserit, HÆRES MEUS, SI SERVUM STICHUM ALIENAVERIT (vel ex diversô SI NON ALIENAVERIT), TITIO DECEM AUREOS DATO. Et in tantum hæc regula observabatur, ut perquam pluribus principalibus constitutionibus significetur, *nec principem quidèm agnoscere*, quod ei pœnæ nomine legatum sit. Nec ex militis quidèm testamentô talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testa-

Los legados á título de pena, tambien se dejaban, se revocaban y se trasferian inútilmente. Entiéndese por legado á título de pena el dejado con objeto de compeler al heredero á hacer ó á no hacer alguna cosa; por ejemplo, si uno dijere: SI MI HEREDERO DA (ó por el contrario, NO DA) SU HIJA EN MATRIMONIO Á TICIO, PAGUE DIEZ AUREOS Á SEYO: ó bien, MI HEREDERO SI ENAJENA (ó por el contrario, NO ENAJENA) AL ESCLAVO STICO, DÉ DIEZ AUREOS Á TICIO. Esta regla era tan constante que muchas constituciones imperiales declaran que ni el mismo Emperador aceptará los legados que se le dejen á título de pena. Ni aun en los testamentos militares valian semejantes legados, á pesar de la mayor amplitud que se daba á las demás disposiciones que contenia la última vo- 36

(1) Ley única, tít. XI, lib. IV del Cód.
(2) §. 13, tít. XIX, lib. III de las Inst.

mentis valdè observantur. Quin etiam nec libertatem pœnæ nomine dari posse placebat. Eò ampliùs nec hæredem pœnæ nomine adjici posse, Sabinus existimabat, veluti si quis ità dicat, TITIUS HÆRES ESTO, SI TITIUS FILIAM SUAM SEIO IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT. SEIUS QUOQUE HÆRES ESTO: nihil enim interesat, quâ ratione Titius coërceatur, utrùm legati datione, an cohæredis adjectione (*a*). Sed *hujusmodi scrupulositas nobis non placuit*, et generalitèr ea, quæ relinquuntur, licèt pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alios translata, *nihil distare à ceteris legatis constituimus*, vel in dandô, vel in adimendô, vel in transferendô; exceptis his videlicèt, quæ imposibilia sunt, vel legibus interdicta, aut aliàs probosa: hujusmodi enim testatorum dispositiones valere, secta temporum meorum non patitur (*b*).

luntad de los soldados. Habia aun mas: ni aun la misma libertad podia ser legada á título de pena. Sabino era de opinion que ni se podia tampoco nombrar así un conjunto al heredero, por ejemplo, si el testador dijese TICIO SEA MI HEREDERO: SI TICIO DIERE EN MATRIMONIO SU HIJA Á SEYO, SEA TAMBIEN SEYO MI HEREDERO, porque era indiferente el modo elegido para compeler á Ticio, ó bien fuera imponiéndole la carga de pagar un legado, á bien dándole un coheredero (*a*). No queriendo dejar subsistentes semejantes escrúpulos, establecimos que en nada se diferenciaran de los demás legados los que se dejaban, revocaban ó trasferian á título de pena, exceptuando aquellos que imponian á los herederos cosas imposibles de cumplir, prohibidas por las leyes, ó vergonzosas, porque las costumbres de nuestro siglo no permiten la validez de semejantes disposiciones (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo (§§. 235, 236 y 243, Com. II, de sus Inst.)
(*b*) Alude á la ley única, tít. XLI, lib. VI del Cód.

Comentario.

Pœnæ nomine inulitèr legabatur.—El testador para instituir heredero ó para dejar un legado, debe ser movido por sentimientos de afeccion y benevolencia; cuando el rençor contra las personas, en cuyo perjuicio hace estos actos, es la única causa que dirige su conducta, parece que camina contra el espíritu de las leyes. Esta razon movió á los jurisconsultos á establecer el principio de que no valiera el legado dejado á título de pena. A esta razon añade otra Teófilo en su *Paráfrasis*, á saber, que en tal caso el legado dependeria en un todo del arbitrio del heredero, lo que no era compatible con el derecho, porque como dice Ulpiano (1): *legatum in alienâ voluntate poni potest, in hæredis non potest.*

(1) §. 2 de la ley 43, lib. XXX del Dig

Pœnæ nomine legari videtur.—A las palabras que Justiniano copia del jurisconsulto Cayo (1) para definir el legado de pena, *quod coërcendi hæredis causâ relinquitur quò magis aliquid faciat aut non faciat*, añade Ulpiano las siguientes: *non ad legatarium pertineat*, las cuales completan el pensamiento, y hacen conocer que el carácter especial y distintivo del legado de pena es, que la obligacion, la órden de hacer, se imponga al heredero y no al legatario. Con esto guardan conformidad las palabras que pone el texto; *coërcendi hæredis causâ*, y que implícitamente comprenden las que añadió Ulpiano. La razon consistia en que al legatario, con quien se ejercia un acto de liberalidad, podia imponerse condiciones que era libre de aceptar ó desechar, admitiendo ó repudiando el legado; mas respecto del heredero, que como tal estaba obligado á obedecer al testador y no le obedecia, especialmente en cosas personales que no admitian coaccion, la pena era únicamente el medio eficaz de que tuviera efecto la voluntad del difunto. No dejan de presentar alguna dificultad las palabras del texto: *et adimebatur vel transferebatur*. Si se tomaran literalmente, resultaria que el testador no podria amenazar á un legatario con privarlo del legado, ó bien revocando este, ó bien trasladándolo á otra persona, en el caso de que hiciese ú omitiese algun acto contra la voluntad del testador: esto no es admisible, porque el legatario estaba sometido siempre á las cargas que le imponia la manda que aceptó libremente y que pudo rehusar; por cuya consideracion Schrader cree que Triboniano no estuvo exacto al hablar de la revocacion y traslacion de legados, y que las confundió con la agregacion de un heredero, y con la obligacion impuesta al que lo era, de pagar una manda en concepto de pena.

Nec principem quidèm agnoscere.—De tiempo en tiempo los Emperadores romanos se jactaban de rendir acatamiento á las leyes que establecian para observancia general, y procuraban apartar de sí la nota de avariciosos, tan frecuente en los que ocuparon la silla imperial.

Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit.—Creyó sin duda Justiniano que la razon principal que habian tenido los antiguos para prohibir los legados dejados como pena, no era bastante, porque prevalecia aun mas el sentimiento de benevolencia hácia el legatario, que el de venganza contra el heredero. Y en verdad que no parece injusto que al que es instituido heredero ó nombrado legatario, se imponga el gravámen de hacer ú omitir alguna cosa.

Nihil distare à ceteris legatis constituimus—Los legados deja-

---

(1) §. 235 del Com. II de sus Inst.

dos á título de pena, despues de la declaracion hecha por Justiniano respecto á su validez, pueden considerarse como condicionales, en cuanto su existencia pende de un hecho ó de una omision del heredero; mas hay diferencia, si se atiende á que los legados condicionales dependen de un acto que el legatario debe hacer ó evitar. Así cuando los hechos ó las omisiones que se encargan al heredero, imponiéndole la pena de pagar un legado en caso de no cumplir la voluntad del testador, son imposibles ó ilícitos, el legado es nulo, porque no debe colocarse al heredero en la alternativa de sufrir un gravámen ó de cometer una accion inejecutable en el órden físico ú opuesta al órden moral. Al contrario, si los hechos ú omisiones que se encargan al legatario con la amenaza de perder lo que el testador le dejare son ó imposibles ilícitos, valdrá el legado, y la condicion se tendrá como no escrita, porque tampoco debe castigarse en el legatario el no haber hecho lo que no podia ó no debia hacer.

De los legatarios parciarios.

Todas las doctrinas hasta aqui expuestas hacen relacion á los legatarios, considerándolos como agraciados por el testador con cosas determinadas; pero á veces tambien se dejan mandas que tienen por objeto una porcion fija de la herencia: entonces el todo de esta se dividirá en la porcion señalada por el testador entre el legatario y el heredero instituido. Por esto se da á esta clase de mandas el nombre de particion, *partitio*, y á aquel á quien se dejan el de legatario *parciario*, *legatarius partiarius* (1). Ulpiano (2) pone como ejemplo de la fórmula con que podia hacerse este legado: *hæres meus cum Titiô hæreditatem meam partitor, dividito:* en cuyo caso añade, se entiende legada la mitad de la herencia; lo cual se funda en la presuncion de que la voluntad del testador fué que llevaran la herencia por partes iguales el heredero y el legatario.

El jurisconsulto Pomponio (3) manifiesta las disputas que habia entre los Sabinianos y Proculeyanos acerca de si debia darse á los legatarios parciarios la parte proporcional de las mismas cosas hereditarias, ó la estimacion de ellas: los Sabinianos estaban por esta última opinion, y los Proculeyanos por la primera. Prevaleció que el

---

(1) §. 254 del Com. II de las Inst. de Cayo: §. 25, tít. XXIV de las Reglas de Ulpiano; y §. 5, tít. XXIII, lib. II de estas Inst.
(2) §. 25, tít. XXIV de sus Reglas.
(3) §. 2, ley 26, lib. XXX del Dig.

heredero, á su eleccion, diera, ó partes de las cosas que podian dividirse sin perjuicio suyo ó del legatario, ó la estimacion de ellas, y que esta tuviera lugar precisamente respecto de las cosas que no admitian division natural ó que no podian ser partidas sin inconvenientes. En el caso de señalarse la parte del legatario en cosas hereditarias, no es necesario que se verifique la designacion en cada una de las que pertenecian al testador; basta hacerla en pocas ó en una sola en que consienta el legatario ó estime el juez en caso de desavenencia: decision que es útil tanto al heredero como al legatario, porque así se limita la comunion de bienes expuesta á graves inconvenientes, y además se ve libre el legatario d tener que reivindicar su porcion en cada una de las cosas que el testador hubiere dejado.

No debe confundirse el legatario parciario con los herederos instituidos en una porcion determinada, porque aquel nunca continúa la persona del difunto. Es por lo tanto extraño á los acreedores y á los deudores del testador, y solo tiene relaciones con el heredero que permanece representante del difunto en cuanto concierne á los créditos y deudas hereditarias y testamentarias. Mas como es justo que el heredero abone al legatario lo que haya percibido por su cuenta despues de haber entregado la parte, y vice-versa, que el legatario pague al heredero lo que este haya satisfecho por aquel, pues que las acciones solo se dan á ó contra el heredero, de aquí provino la necesidad de que se obligaran mútuamente por medio de estipulaciones denominadas *stipulationes partis et pro parte*, respecto de las ganancias ó las pérdidas que fueran comunicables (1).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Las Partidas (2) comprenden bajo el nombre genérico de *mandas* los legados y fideicomisos singulares, y siguen casi literalmente en los diferentes puntos que abraza el presente título, las doctrinas romanas, tales como fueron adoptadas en las compilaciones de Justiniano. Nuestros jurisconsultos, en los casos de omision de las leyes españolas, adoptan la determinacion de las romanas, fundándose con razon en que los mismos principios dominan en las unas que en las otras. Respecto del legado de deuda está decidido por derecho pátrio que no se extinga ni por la mera peticion de lo que se debe, ni por

(1) §. 254, Com. II de las Inst. de Cayo; y §. 5. tít. XXIII, lib. II de estas Inst.
(2) Tít IX. Part. VI.

su pago voluntario (1). Tambien está expresamente determinado (2), que si el testador deja sus bienes á los pobres de un pueblo, se dividan preferentemente entre los enfermos, impedidos, niños desamparados, y los muy ancianos que, ó por razon de sus dolencias ó por su edad, no puedan salir de los hospitales ó de las casas en que se hallan acogidos, y en defecto de ellos, entren los demás que se hallen en los establecimientos de caridad: cuando el testador llama simplemente á los pobres, se entiende que se refiere á los del pueblo en que testa; mas esta decision legal se limita, segun la opinion comun, al caso de que en él tuviese su domicilio.

Debo advertir que no rigiendo en España el principio de que nadie puede morir parte testado y parte intestado, el derecho de acrecer en las herencias no dimana de la necesidad, sino de la voluntad presunta del testador.

Por último, hay además de los legados voluntarios de que se habla en este título, otros que se conocen bajo el nombre de *mandas forzosas*, llamadas así porque están los testadores obligados á dejarlas, ó ya en todas partes, ó ya en determinado territorio (3): hoy se hallan extinguidas.

TITULUS XXI.	TITULO XXI.
De ademptione legatorum.	**De la revocacion de los legados.**

Trátase en este lugar del modo de perderse las mandas, aun quedando subsistentes los testamentos y codicilos. El principio de que el hombre puede variar de voluntad hasta la muerte, sirve de fundamento á las disposiciones que hay acerca de la materia.

*En muchas ediciones de las Instituciones de Justiniano, este título lleva la rúbrica *de ademptione legatorum et translatione*, lo que se acomoda perfectamente á sus dos párrafos, de los cuales el primero habla de la revocacion y el segundo de la traslacion de las mandas; mas como toda traslacion implícitamente comprende una revocacion, la palabra genérica *ademptio*, es suficientemente expresiva.

(1) Ley 15, tít. IX, Part. VI.
(2) Ley 20, tít. III, Part. VI.
(3) Ley 7, tít. III, lib. X de la Nov. Rec.; Reales órdenes de 11 de diciembre de 1750 y 17 de octubre de 1751, y Reales decretos de 16 de setiembre de 1813 y de 25 de setiembre de 1825.

Ademptio legatorum, sive *eôdem testamentô* adimantur, sive *codicillis*, firma est, *sive contrariis verbis* fiat ademptio, veluti si, quod ità quis legaverit, DO, LEGO, ità adimatur, NON DO; NON LEGO, *sive non contrariis*, id est aliis quibuscumque verbis.

La revocacion de los legados es válida, ó bien se haya hecho en el mismo testamento ó en codicilos: ó bien con palabras contrarias, por ejemplo, si el que habia legado diciendo, DOY, LEGO, revocase la manda diciendo: NO DOY, NO LEGO, ó bien con palabras no contrarias, esto es, con cualquiera otra fórmula.

ORIGENES.

Tomado en parte de Ulpiano (§. 29, tit. XXIV de sus Reglas.)

Comentario.

Eôdem testamentô.—Habla el texto del mismo testamento en que se dejaron las mandas y no del posterior, porque este anularia por el solo hecho de su existencia el testamento primero y todo lo que en él se contuviera. En el caso de que trata este párrafo el cambio de voluntad se verifica en el tiempo que media desde el principio hasta la conclusion del testamento.

Codicillis.—Obsérvese que la palabra *codicilo* se usa en número plural; lo contrario á lo que se ha hecho antes con la de *testamentó:* esto consiste en que el testamento siempre tenia que ser uno solo, al paso que podia haber varios codicilos referentes á un mismo testamento.

Sive contrariis verbis.—Mientras hubo fórmulas para legar, las hubo tambien para hacer la revocacion de las mandas, y esta no podia producir un efecto directo, si no estaba concebida en términos contrarios á los usados antes, como dice Ulpiano en el párrafo que queda citado en los orígenes del texto: de cualquier otro modo que se expresase la voluntad del testador, producia el mismo resultado, pero de un modo indirecto, oponiendo el heredero la excepcion de dolo al legatario cuando pedia la manda. Esta diferencia no existia en los fideicomisos, que, como mas libres, no se sujetaban á las fórmulas de los legados (1): en ellos bastaba la mera voluntad del testador para que fuera subsistente la revocacion.

Sive non contrariis.—La igualacion que hizo Justiniano entre los legados y fideicomisos singulares exigia que, variando el derecho antiguo, hiciera la innovacion de que por cualesquiera palabras que indicaran la voluntad de revocar el legado, quedase revocado.

---

(1) §. 11 ley 3. tit. IV. lib. XXXIV del Dig.

Mas la revocacion de los legados no siempre es pura: puede hacerse tambien condicionalmente. En tal caso prevalecerá el legado bajo la condicion contraria, pero entonces de puro y simple se convertirá en condicional, y no cederá el dia hasta que se verifique la condicion de que pende.

La voluntad de revocar no solo se expresa con palabras, sino que tambien se infiere de los hechos; de modo que la revocacion de los legados puede ser expresa ó tácita. A la revocacion tácita corresponde la que, como he dicho, se entiende hecha en el caso de enajenacion voluntaria de la cosa legada, igualmente el acto de haber nacido enemistades capitales entre el testador y el legatario (1), ó si el testador, en una escritura hecha con posterioridad al testamento, añadiese una nota denigrativa para el legatario (2).

Transferri quoquè legatum *ab aliô ad alium* potest, veluti si quis itâ dixerit, HOMINEM STICHUM QUEM TITIO LEGAVI, SEIO DO LEGO, sive in eôdem testamentô, sive in codicillis hoc fecerit. Quô casu simùl Titio adimi videtur, et Seio dari.

Puede un legado trasferirse de una á otra persona, por ejemplo, si el testador dijere. DOY, LEGO Á SEYO EL ESCLAVO STICO QUE LEGUÉ Á TICIO, y esta traslacion puede hacerse ó en el mismo testamento ó en codicilos. En este caso se revoca el legado respecto á Ticio, y se da á Seyo.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (Ley 5, tít. IV, lib. XXXIV del Dig.)

Comentario.

Transferri.—El jurisconsulto Paulo (3) dice que el legado se trasfiere de cuatro maneras diferentes: 1.ª de persona á persona, que es el caso de que habla el texto: 2.ª cuando habiéndose impuesto á uno de los herederos la obligacion de dar el legado, previene el testador despues que otro lo dé, en cuyo caso permanece el mismo legatario, pero la voluntad del testador cambia respecto del que debe satisfacerlo: 3.ª de cosa á cosa, cuando sin hacerse alteracion en la persona que debe dar ó recibir el legado, dice el testador que en lugar de la cosa que legó, se dé otra: 4.ª cuando se lega bajo condicion lo que antes se habia dejado puramente; pudiendo haber añadido, ó *cuando se lega puramente lo que se habia legado antes bajo condicion* (4).

(1) Dicho §. 11, ley 3, tít. IV, lib. XXXIV del Dig.
(2) Ley 13 del mismo título y libro.
(3) Ley 6.
(4) Ley 89, tít. I, lib. XXXV del Dig.

Ab aliô ad alium.—Se refiere el Emperador á la primera de las cuatro clases de traslacion de legados que acabo de referir. No necesitaba en efecto hablar de todas; bastaba que pusiera un ejemplo, si bien habria sido de desear que la doctrina fuera mas general, sin concretarla á uno de los diferentes casos de la traslacion de legados. En la traslacion del legado de persona á persona, que es el ejemplo del texto, el legado se trasfiere con sus accesiones, de tal modo que aun en el caso de que el nuevo legatario ó no quiera ó no pueda recibir el legado, no revivirá en el primero el derecho que le niega el cambio de voluntad del testador. No sucede lo mismo en el caso de que habiéndose hecho la traslacion de cosa á cosa el legado de la segunda no sea válido, pues entonces subsistirá el de la primera, porque es conocida la voluntad del testador que no quiso privar al legatario del beneficio que le habia hecho (1).

Hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do.—Esta fórmula es muy semejante á la que el Emperador, en el párrafo octavo del título vigésimo de este Libro, pone como ejemplo los conjuntos *re* en el legado. Conveniente es por lo tanto examinar excrupulosamente en cada caso que ocurra, si el testador ha querido legar en distintas cláusulas una misma cosa á diferentes legatarios, ó si su intencion ha sido trasladar de uno á otro la manda. En la semejanza que puede haber entre estas fórmulas y la de la sustitucion, por la que en el caso de no poder ó de no querer el legatario elegido en primer lugar tomar la manda, pasa al que se nombró para reemplazarlo, debe ponerse al mayor cuidado para penetrar en la intencion del testador sin violentar el sentido de las palabras. De la misma manera cuando se ha legado un nuevo objeto al mismo individuo, solo debe consultarse á la voluntad del testador para conocer si el segundo legado ha de acumularse ó reemplazar al primero (2).

A los modos que quedan referidos, en virtud de los cuales el legado se extingue ó bien totalmente, ó bien cambiando el legatario, deben añadirse otros de qué queda ya hecha mencion antes de ahora. Tales son, si el legatario muere antes de que ceda el dia del legado, en cuyo caso el legado caduca; si el testamento pierde su fuerza por cualquier motivo; si la cosa legada perece; y por último, si el legatario por indigno pierde el legado, que se llama entonces *legatum ereptitium*.

---

(1) Ley 18, lib. XXX del Dig.
(2) Ley 9, tit. IV, lib. XXXIX del Dig.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestras leyes (1) están conformes con las romanas en la materia de este título: debe, sin embargo, tenerse presente que, como ya se ha dicho repetidas véces, ni la institucion de heredero, ni la adicion de la herencia son necesarias para que valgan todos los demás capítulos del testamento, lo que ha modificado algunas doctrinas, derivadas de los principios que habian adoptado las Partidas.

TITULUS XXII.

De lege Falcidia.

TITULO XXII.

De la ley Falcidia.

En los dos títulos anteriores ha hablado el Emperador de los legados, sus diferentes clases, y de la interpretacion de las últimas voluntades respecto á su constitucion, revocacion y traslacion: pasa ahora á tratar de la diminucion que sufren aun contra la voluntad de los testadores.

Superest, ut de lege Falcidiâ dispiciamus, quâ modus novissimè legatis impositus est. Cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippè eâ lege ità cautum esset: UTI LEGASSIT SUÆ REI, ITA JUS ESTO): visum est hanc legandi licentiam coarctare, idque *ipsorum testatorum gratiâ* provisum est, ob id, quod plerumquè intestati moriebantur, recusantibus scriptis hæredibus pro nullô aut minimô lucrô hæreditates adire. Et cum super hôc tam *lex Furia* quam *lex Vaconia* latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur: novissimè lata est *lex Falcidia*, quà cavetur,

Resta hablar de la ley Falcidia, que puso novísimas restricciones á la facultad de legar. Antiguamente, con arreglo á la ley de las Doce Tablas, esta facultad era tan ilimitada, que el testador podia agotar en legados todo su patrimonio, porque entre sus leyes habia una que decia: OBSÉRVESE LO QUE DISPONGA EL TESTADOR ACERCA DE SUS BIENES. Pareció conveniente limitar tal facultad: esto se hizo en beneficio de los mismos testadores, porque muchos morian intestados por efecto de rehusar los herederos escritos una herencia de que no esperaban ningun lucro, ó muy poco. Con este motivo se dieron la ley Furia y la Voconia, de las que ninguna llenó cumplidamente

(1) Ley 39 y siguientes, tit. IX, Part. VI.

ne pluùs legare liceret, quàm dodrantem totorum bonorum, id est, ut, sive unus hæres institutus esset sive plures, apud eum eosve *pars quarta* remaneret.

su objeto: últimamente se dió la ley Falcidia, por la que se previene que el testador no pueda legar mas que las tres cuartas partes de sus bienes, esto es, que ó bien sea uno ó bien muchos los herederos instituidos, siempre quede en su poder la cuarta parte de la herencia.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§§. 224, 225, 226 y 227, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Ipsorum testatorum gratiâ.—A esta razon que da el texto del interés que tenian los testadores de que sus últimas voluntades no quedasen destituidas por rehusar los herederos escritos adir una herencia que no podia reportarles sino pocas ó ningunas utilidades, debe añadirse la ventaja que resultaba á los que eran llamados á la sucesion testamentaria, de no mezclarse en una herencia en que, por representar jurídicamente al difunto, estaban obligados á hacer frente á cargas y á responsabilidades, que, aun cuando no les causaran perjuicios pecuniarios, los sujetaban á incomodidades que pocos aceptan sin la esperanza de un lucro. Podia presumirse, además, que el que distribuia toda su herencia en legados, habia contado con mas fortuna que la que en realidad tenia. Pero no se crea que solo en beneficio de los testadores estaban introducidas las restricciones puestas á la facultad de legar. Si fuera esto así, el testador podria renunciar á las leyes que le favorecian, y prevenir al heredero que no las invocara, lo que no sucedia, pues estaba expresamente declarado que la ley Falcidia tenia lugar aun contra la prevencion expresa del testador (1), si bien Justiniano cambió esto para arreglarlo á su sistema, estableciendo lo contrario (2); prueba tambien de ello es que la ley Falcidia no era aplicable al testamento militar en que se interpretan mas latamente las voluntades (3). La verdad es que la ley Falcidia no solo se introdujo en beneficio de los testadores, sino tambien en el de los herederos: este es el término medio que puede seguirse en virtud del texto que comento y de otros del derecho romano en que se consigna el mismo principio, y un

(1) §. 1, ley 15, y ley 86, tit. II, lib. XXXV del Dig.
(2) §. 2, cap. 2, nov. 1.
(3) Ley 12, tit. XXII, y ley 7, tit. I, lib. VI del Cód.

fragmento de Paulo inserto como ley en el Digesto (1) en que solo habla de haberse introducido á favor de los herederos. Tambien el fisco tenia interés en las restricciones puestas á los legados, porque cuando quedaban desiertos los testamentos, perdia el cuantioso impuesto que percibia sobre ellos.

Lex Furia.—La ley Furia, denominada tambien *testamentaria*, era un plebiscito publicado, segun se cree, en el año 571 de la fundacion de Roma: prohibia á los testadores dar á un mismo legatario suma mayor de mil ases; mas esta prohibicion podia ser eludida fácilmente multiplicando el testador el número de legados tantas veces cuanto eran las sumas de mil ases que tenia (2).

Lex Voconia.—Tambien la ley Voconia era un verdadero plebiscito, y, del mismo modo que la Furia, recibió el nombre de *testamentaria*. Esta ley, que Giraud cree ser la misma que prohibia á los ciudadanos que tenian cien mil sextercios instituir á una mujer por heredera, se publicó, segun se supone, en el año 585 de la fundacion de Roma. En la parte á que este texto se refiere, tuvo por objeto llenar el vacío que dejaba la ley Furia, y evitar que se eludiera, disponiendo que los legatarios ó cualesquiera otros que percibieran por causa de muerte, no pudieran obtener mas que el heredero instituido. La ley Voconia fué burlada con la misma facilidad que la Furia, porque los testadores multiplicaban los legados en tales términos, que cada legatario solo tuviera una cosa muy corta, quedando así el heredero reducido á serlo en una parte muy insignificante de la herencia (3).

Lex Falcidia.—Plebiscito publicado en el año 714 de la fundacion de Roma, y que fué el que puso freno verdadero á la libertad ilimitada de legar: el texto expresa lo que contenia.

Pars quarta.—Del nombre de esta ley y de la cantidad que permitia legar, dimana que los intérpretes hayan introducido la frase de *cuarta falcidia*: los romanos nunca unian estas dos palabras sino que simplemente decian ó *cuarta*, ó *falcidia*, ó *ley Falcidia*.

Limitada en un principio la deduccion de esta cuarta parte á los legados, se fué sucesivamente extendiendo á las herencias fideicomisarias en virtud del senado-consulto Pegasiano, á los fideicomisos particulares con que se gravaba al heredero (4), á los fideicomisos encargados al heredero *ab intestatô* (5), á las donaciones por causa de

---

(1) Ley 71, tít. II, lib. XXXV
(2) §. 225, Com. II de las Inst. de Cayo.
(3) §. 226, Com. II de las Inst. de Cayo.
(4) §§ 254 y 256, Com. II de las Inst. de Cayo.
(5) Ley 18, tít. II, lib. XXXV del Dig.

muerte (1); y por último, á las donaciones entre esposos, cuando hacian veces de fideicomisos.

1 Et cum quæsitum esset, duobus hæredibus institutis, veluti Titiô et Seiô, si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eô data sunt, aut supra modum onerata, à Seiô verô aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus dumtaxàt in partem dimidiam minuunt, an, quia is quartam partem totius hæreditatis aut ampliùs habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eô relicta sunt, retinere liceret? placuit, ut quartam partem suæ partis salvam habeat: etenim *in singulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponendo est.*

Se ha suscitado una cuestion: Ticio y Seyo fueron instituidos herederos, y la porcion de Ticio se agotó completamente en legados otorgados nominalmente para que él los pagase, ó fué gravada en mas de tres cuartas partes, al mismo tiempo que la porcion de Seyo quedó libre de legados, ó los que se le impusieron no llegaron á la mitad de lo que como á heredero le correspondia, acaso porque este tenga la cuarta parte de toda la herencia ó mas, ¿no podrá Ticio retener nada de los legados que se le han mandado satisfacer, de modo que tenga salva la cuarta parte de su mitad? Se ha decidido que tenga salva la cuarta parte de su mitad, porque la ley Falcidia se aplica separadamente á cada uno de los herederos. 1

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (Ley 77, tít. II, lib. XXXV del Dig.)

Comentario.

In singulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.—Esto prueba que la ley Falcidia no reconoce por único motivo el de que no quede destituido el testamento, sino tambien el favor del heredero y del fisco: porque en el caso del texto, adida por uno la herencia, no habia ya peligro de que quedara destituida.

Este texto considera aisladamente á cada uno de los instituidos, pero pueden presentarse casos que hagan mas difícil la cuestion. Tales son aquellos en que diferentes partes de una herencia, gravadas desigualmente por el testador, se reunen en un mismo heredero, ó bien en virtud de una sustitucion, ó por efecto de una condicion, ó por consecuencia del derecho de acrecer. Cuando es por sustitucion, ó por el cumplimiento de una condicion, las partes reunidas forman un todo sobre el que la ley Falcidia tiene en su

(1) Ley 5, tit. I, lib. VI; y ley 2, tit. LVII, lib. VIII del Dig.

caso aplicacion (1). Mas si en virtud del derecho de acrecer se han reunido dos partes, descargada la una y recargada la otra con mandas, entonces la resolucion depende de cuál de las dos partes es la que ha acrecido á la otra. Si la descargada acrece á la recargada, el heredero se reputa como instituido para el todo desde el principio: si por el contrario la parte recargada acrece á la descargada, cada parte de la herencia tiene su falcidia respectiva, del mismo modo que si pertenecieran á herederos diferentes (2). Fúndase esta diversidad de derecho en que aquel á quien se dejó la parte recargada, como en virtud de la institucion parcial que en él se hizo, paga los legados, usa del beneficio de la ley Falcidia por su propia persona qué fué la instituida; pero el que tiene la parte descargada, satisface las mandas en lugar de la persona que falta, y es justo por lo tanto que goce de las mismas ventajas que hubiera este disfrutado en caso de haber sido heredero.

2 Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, *mortis tempore spectatur*. Itaque si verbi gratià is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legaverit, *nihil legatariis prodest*, si ante aditam hæreditatem per servos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fetu pecorum tantum accesserit hæreditati, ut, centum aureis legatorum nomine erogatis, hæres quartam partem hæreditatis habiturus sit, sed necesse est, ut nihilominùs quarta pars legatis detrahatur. Ex diversò, si septuaginta quinque legaverit, et ante aditam hæreditatem *in tantum decreverint* bona incendiis fortè, aut naufragiis, aut morte servorum, ut non ampliùs quam septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus, relinquatur, solida legata debentur. Nec eà res damnosa est hæredi, *cui liberum est non adire hæreditatem*: quæ res efficit, ut *necesse sit legatariis*,

Debe atenderse al tiempo de la muerte para apreciar la cantidad del patrimonio, á que ha de aplicarse la ley Falcidia. Así, por ejemplo, si el que tenia un patrimonio de cien aureos hubiere legado cien aureos, de nada aprovechará á los legatarios que antes de la adicion de la herencia, por las adquisiciones de los esclavos, ó por el parto de las esclavas, ó por la reproduccion del ganado correspondiente á la herencia, se aumente esta hasta tal punto que despues de pagados los cien aureos dejados como manda, quede aun la cuarta parte en poder del heredero, sino que es necesario que se detraiga la cuarta parte de los legados. Por el contrario, si legare setenta y cinco aureos y los bienes se minoran antes de adir la herencia, ó bien por incendios, por naufragios, ó por la muerte de los esclavos, hasta tal punto que solo quedaren del patrimonio setenta y cinco aureos ó tal vez menos, se pagarán 2

(1) §. 6 de la ley 41, tit. VI, lib. XXVIII; y §. 3 de la ley 87, tit. II, lib. XXXV del Dig.
(2) Ley 78, tit. II, lib. XXXV del Dig.

ne, destitutô testamentô, nihil consequantur, cum hærede in portionem pacisci.

íntegramente los legados. Esto no es dañoso al heredero, en cuyo arbitrio está no adir la herencia. De aquí proviene la necesidad que tienen los legatarios de transigir con el heredero, para no perderlo todo por quedar destituido el testamento.

ORIGENES

Copiado de Cayo. (§. inicial de la ley 73, tít. II, lib. XXXV del Dig.)

Comentario.

Mortis tempore spectatur.—Para hacer la detraccion de la ley Falcidia se atiende al tiempo de la muerte del testador, porque en realidad para entonces dispone de sus bienes. Desde este mismo tiempo, como queda dicho antes, cede el dia en la mayor parte de los legados, consideracion importante que pudo contribuir, aunque en segundo lugar, á la adopcion de la doctrina del texto.

Nihil legatariis prodest.—No se trata en este texto de alterar las doctrinas expuestas en el título de legados respecto á los casos de perecer las cosas en que consistan, ó de tener aumento ó disminucion en los términos que allí dijo el Emperador Justiniano. Esto seria una inconsecuencia que no admitiria explicacion. Aquí no se considera aisladamente cada legado, sino toda la herencia en abstracto, y los legados tales como existen al tiempo de la muerte del testador para hacer la detraccion de la cuarta falcidia.

Pero esta doctrina no es inflexible; porque si la herencia experimentara despues algun aumento, ó por el contrario, diminucion, no por efecto de hechos posteriores á la muerte del testador, sino de actos precedentes y de obligaciones contraidas por él, como por ejemplo, si el deudor que era insolvente mejorare de fortuna, ó la condicion de que dependia el contrato tuviese cumplimiento, parece fuera de duda que este aumento ó esta diminucion debe tenerse en cuenta para la computacion de la falcidia (1): lo cual proviene de que realmente en tales casos la herencia, ya seria mas, ya menos pingüe de lo que apareció al principio.

In tantum decreverint.—Solo puede referirse el texto al caso de que el menoscabo no haya sido precisamente en la cosa legada: porque cuando esta perece, segun queda antes expuesto, termina el legado, y hay reglas especiales de que oportunamente he tra-

(1) §. 1 de la ley 56, tít. II, lib. XXXV del Dig.

tado, que señalan á quien corresponden el aumento y los desperfectos.

Cui liberum est non adire hæreditatem.—Mas especioso que sólido es el motivo que da aquí Justiniano: si fuera tan decisivo como supone, ninguna necesidad habria de la ley Falcidia, porque sin ella estaba en libertad el heredero de hacer la adicion ó de repudiar la herencia. El verdadero motivo es el que queda indicado al principio de este comentario.

Necesse sit legatariis.—Para la perfecta inteligencia de las palabras con que termina el texto, debe recordarse que cuando el heredero instituido repudiaba la herencia, todas las disposiciones del testador quedaban sin efecto: no tenian por lo tanto otro arbitrio los legatarios interesados en sostener la última voluntad que el de entrar en transacciones con el heredero, para que si no en el todo, á lo menos en parte, pudieran reportar beneficio de la manda.

Cuando el testador instituia por herederos á los que debian sucederle *ab intestatô*, podian estos eludir la voluntad de aquel, repudiando la herencia testamentaria para obtener la legítima. El derecho pretorio cohibió esta clase de fraudes, previniendo que á pesar de la destitucion del testamento, quedase expedita á los legatarios y fideicomisarios su accion contra los herederos legítimos que habian repudiado la herencia testamentaria, para libertarse del cumplimiento de las cargas que la voluntad del testador les habia impuesto (1). Justiniano fué mas allá, estableciendo en una novela (2) que los legatarios, los fideicomisarios y hasta los esclavos manumitidos en el testamento, pudieran por el órden sucesivo que prefija, obtener antes que los herederos legítimos la herencia abandonada por los instituidos, con tal que dieran préviamente caucion de cumplir todas las disposiciones del testador.

Cum autem ratio legis Falcifidiæ ponitur; antè deducitur *æs alienum*, itèm *funeris impensa*, et *pretia servorum manumissorum*; tunc deindè in reliquô ità ratio habetur, ut ex eô quarta pars apud hæredes remaneat, tres verò partes inter legatarios distribuantur, pro ratâ scilicèt portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit (*a*). Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos

Para conocer á cuánto asciende la detraccion de la ley Falcidia, ante todas cosas deben deducirse las deudas, los gastos del funeral y el valor de los esclavos manumitidos; de lo que resta, despues de hechas estas deducciones, la cuarta parte corresponde al heredero, y las otras tres cuartas partes á los legatarios, proporcionalmente al valor del legado de cada uno (*a*). Así, supo-

(1) §§. inicial y 1 de la ley 1, tit. IV, lib. XXIX del Dig.
(2) Cap. 1 de la nov. 1.

esse, et patrimonii quantitatem, ex quâ legata erogari oportet quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis detrahi debet. Quod si *trecentos quinquaginta* legatos fingamus, *octava debet detrahi*. Quod si quingentos legaverit, *initiô quinta, deindè quarta* detrahi debet: antè enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deindè, quod ex bonis apud hæredem remanere oportet (*b*).

niendo que el testador legase cuatrocientos aureos, y que el patrimonio de que se han de sacar los legados importara la misma cantidad, á cada legatario deberá hacerse la deduccion de la cuarta parte. Si suponemos que legó trescientos cincuenta, deberá detraerse la octava parte. Si legare quinientos aureos, se comenzará deduciendo la quinta parte y despues la cuarta, porque ante todas cosas debe rebajarse todo lo que excede al patrimonio, y despues la cuarta parte de los bienes que ha de quedar para el heredero (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (§. 3, tít. III, lib. IV de sus Sentencias; § 19, ley 1 ley 39, tít. II, lib. XXXV del Dig.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 5, ley 73, tít. II, lib. XXXV del Dig.)

Comentario.

Æs alienum.—Lo primero que debe deducirse de la herençia para que se sepa á cuánto ascienden realmente los bienes del testador, son las deudas, porque como dice Paulo (1), *bona intelliguntur cujusque quæ deductô ære alienô supersunt*. Por *deudas* se entiende en este lugar todas aquellas obligaciones que el testador estaba obligado á satisfacer (2). Y al deducir las deudas, ¿podrá el heredero sacar lo que le debia el testador? A primera vista parece que confundiéndose en él los conceptos de deudor y acreedor, la deuda debe dejar de reputarse como subsistente; sin embargo, ha prevalecido que pueda hacerse la deduccion á pesar de la confusion de acciones que resulta (3), lo cual se funda en que al tiempo de la muerte, que es el que rige para la deduccion de la falcidia, aun no se han confundido las acciones: esto solo se verifica por el hecho de la adicion. Justiano concedió además al que hubiere formado inventario, que ni aun adida la herencia se confundiesen sus acciones, estableciendo que el heredero acreedor fuera de igual condicion que los acreedores extraños (4).

(1) §. 1 de la ley 39, tít. XIV, lib. L del Dig.
(2) Ley 54, tít. II, lib. XXXV del Dig.
(3) Ley 6, tít. L, lib. VI, del Cód.
(4) §. 9 de la ley 22, tít. XXX, lib. VI del Cód.

Funeris impensa.—Si bien el gasto del funeral no ha sido hecho por el difunto, es para el difunto. Comprende lo empleado en conducir y sepultar al cadáver, pero no los dispendios supérfluos (1). Este gasto, que siempre se deduce de los bienes hereditarios, suele tener preferencia, como dice Marciano (2), sobre todos los demás créditos, cuando no bastan los bienes del finado para pagar á sus acreedores.

Pretia servorum manumissorum.—Los esclavos manumitidos en testamento solo son libres desde la adicion de la herencia, segun se ha dicho en otro lugar: están, pues, necesariamente comprendidos en la estimacion que se hace de los bienes del difunto al tiempo de la muerte; sin embargo, como en realidad no aumentan el haber del heredero, debe rebajarse su valor de la estimacion de la herencia. Igualmente debe deducirse el valor de los esclavos ajenos, cuya manumision encargó el testador al hededero: á la razon de humanidad que media en favor de los esclavos, se reune la imposibilidad que resultaria para deducir la falcidia, porque nadie puede ser manumitido en parte, y en parte retenido en potestad.

Trecentos quinquaginta.—Sigue hablando el Emperador en el supuesto de que el testador dejase cuatrocientos aureos.

Octava debet detrahi.—Es decir, cincuenta aureos, los cuales unidos á los cincuenta que quedan en el testamento sin estar distribuidos en legados, componen los ciento, cuarta parte de cuatrocientos que es lo que en el caso propuesto debe quedar íntegro al heredero.

Initiò quinta.—Esta deducion no se funda en la ley Falcidia, sino en las de las Doce Tablas, que solo permitian á los ciudadanos testar de su patrimonio, puesto que no se trata de disminuir los legados con la falcidia, sino de igualar las cargas de la herencia á los bienes de que se compone. Es claro por lo tanto que no se exceptúan de esta rebaja aquellas mandas á las que por distintas consideraciones nada detrae la ley Falcidia.

Deindè quarta.—Son necesarias dos deducciones siempre que el testador ha dispuesto de mas de lo que la herencia comprendia; la primera, segun acaba de indicarse, para igualar las cargas con los bienes: y la segunda, que es de la cuarta parte, como aquí se expresa, para deducir la falcidia.

Antes de terminar este título añadiré algunas cosas de que no me han dado ocasion de hablar los comentarios á los textos que an-

(1) §. 3 ley 14, tit. VII, lib. XI; y §. 19 ley 1, tit. II, lib. XXXV del Dig.
(2) Ley 45, tit. VII, lib. XI del Dig.

ceden. La ley Falcidia no disminuye directamente los legados, permite solo reducirlos: á los herederos corresponde por lo tanto reclamar la cuarta parte que se les reserva. Si el heredero da los legados sin usar del beneficio que se le concede, paga mas de lo que debe; sin embargo, no podrá reclamar lo que así indebidamente hubiere satisfecho (1), lo cual se funda en la presuncion que hay de que quiso cumplir íntegramente la voluntad del testador, renunciando al beneficio que le otorga la ley. Esto se entiende, segun la opinion general de los intérpretes, en el caso en que hubiera pagado por error de derecho, porque con arreglo á una constitucion del Emperador Gordiano (2), el error de hecho no es obstáculo para que se pueda pedir por consecuencia de la ley Falcidia lo que se pagó indebidamente, constitucion que aunque habla solo de los fideicomisos, es extensiva á los legados despues que Justiniano igualó á unos y otros en sus efectos.

La ley Falcidia no es aplicable á los bienes inmuebles legados con la condicion de que no se enajenen (3). Lo mismo, en concepto de algunos, debe ser extensivo á las mandas por causas pias; pero me parece que esta doctrina no se deduce de la recta interpretacion de la ley en que quieren fundarla (4).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Ni las decisiones de los tribunales, ni los escritos de los jurisconsultos españoles que han tratado la cuestion de si en España tiene lugar la deducion de la falcidia, están conformes en su resolucion. Establecieron esta cuarta las Partidas (5) á imitacion de las leyes romanas: el principal objeto que se proponian era que el testamento no quedara destituido, porque admitian tambien como principios que la última voluntad tomaba su fuerza de la institucion de heredero, que para su subsistencia era necesario que el instituido adiese la herencia, y que nadie podia morir testado en parte y en parte intestado. El Ordenamiento de Alcalá, que dió á las Partidas fuerza de Código supletorio (6), estableció principios diametralmente opues-

(1) §. 1, ley 20, tít. V, lib. XXXIX del Dig.
(2) Ley 9, tít. L, lib. VI del Cód.
(3) Cap. 11 de la nov. 119.
(4) Cap. 12 de la nov. 131.
(5) Tít. XI, Part. VI.
(6) Ley 1, tít. XXVIII, que corresponde á la ley 1 de Toro, y á la 5, tít. II, lib. III de la Nov. Rec.

tos (1) á los tres referidos, que eran el fundamento principal de la ley Falcidia. Resulta por lo tanto que cuando pudieron ser entre nosotros obligatorias las leyes de Partida referentes á la falcidia, habia faltado ya la causa primitiva y verdadera de su introduccion, y que, teniendo un sistema indígena completo y acabado de sucesiones testamentarias, que combinaba los principios de libertad con los de justicia, no habia necesidad de acudir á instituciones que solo tenian el carácter de supletorias, y que ni por su filiacion, ni por sus motivos, ni por la voluntad de los legisladores gozaban de la autoridad coactiva que algunos quieren atribuirles. Estas consideraciones entre otras me hacen creer que no deben considerarse vigentes en España las leyes de Partida que consignan la deducion de la falcidia.

Mas como en opinion de muchos debe hacerse esta deducion, creo oportuno indicar ligeramente los puntos en que se separan nuestras leyes de las romanas. Desde luego puede conocerse que las doctrinas de legítimas en su lugar expuestas limitan mucho la facultad que tiene el testador de dejar mandas, porque siempre deben quedar á los ascendientes ó descendientes en su caso las partes de la herencia que se ha dicho, y de las cuales no puede despojárseles sin una justa causa de las marcadas en el derecho. Además, una ley de Partida (2) declara expresamente que no se detraiga la cuarta Falcidia de las mandas dejadas para causas pias; y otra (3) previene que cuando el heredero pague por error de hecho integramente alguno de los legados, no pueda detraer la cuarta Falcidia de los demás que no ha satisfecho, á no ser que apareciera despues alguna deuda grande de que no tuviese antes conocimiento el heredero.

TITULUS XXIII.

De fideicommissariis hereditatibus.

TITULO XXIII.

De las herencias fideicomisarias.

Queda dicho antes, aunque por incidencia, que el testador podia manifestar su voluntad de dejar á alguno ó todos sus bienes ó parte de ellos, ya por palabras directas, ya de un modo indirecto. Las herencias y los legados, segun queda advertido, se dejaban siempre con palabras directas é imperativas; lo contrario sucedia con los fideicomisos de que trata este título.

---

(1) Ley única, tít. XIX, que es la ley 1, tít. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Ley 4, tít. XI, Part. VI.
(3) Ley 6 del mismo título y Partida.

Nunc transeamus ad *fideicommissa*. Et priùs de *hæreditatibus fideicommissariis* videamus.

Pasemos ahora á los fideicomisos, y tratemos primero de las herencias fideicomisarias.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§§. 246 y 247, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Fideicommissa.—Ulpiano dice (1) que *fideicomiso* es lo que no se deja con palabras directas, sino de ruego, y que no proviene del rigor del derecho civil, sino de la voluntad del que lo deja. Así el fideicomiso en general puede definirse, *todo aquello que el testador deja en su última voluntad con palabras indirectas.* Pero del mismo modo que al tratar de lo que dejaba directamente se dijo que era ó la universalidad de los bienes, ó cosas singulares, dándoseles respectivamente los nombres de *herencia* y de *legados*, así también sucede en los fideicomisos. De aquí proviene la division que hacen los intérpretes de fideicomisos en *universales* y en *particulares* ó *singulares*, frases que no usaron los romanos: estos llamaban al fideicomiso que se referia á toda ó á parte de la herencia, *fideicommissaria hæreditas*, y á aquel en que se dejaban solo cosas determinadas, *fideicommissum singulæ rei.* Usaré frecuentemente de la nomenclatura de los intérpretes, porque no deja de tener cierta comodidad.

Hæreditatibus fideicommissariis.—En este título se habla solamente de las herencias fideicomisarias, ó bien de los fideicomisos universales.

1 Sciendum itaque est, omnia fideicommissa *primis temporibus infirma* esse, quia *nemo invitus cogebatur* præstare id, de quô rogatus erat: *quibus* enim *non poterant hæreditates vel legata relinquere*, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamentô poterant: *et ideò fideicommissa appellata sunt*, quia nullô vinculô juris, sed tantùm pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Posteà, *primus divus Augustus*, semèt iterumque *gratiâ personarum motus*, vel

Debe saberse que todos los fideicomisos en su orígen carecian de fuerza, porque nadie podia ser obligado contra su voluntad á dar lo que le rogaban que diera; así es que se confiaba á la fé de personas capaces de recibir por testamento lo que se queria dejar á las incapaces de ser herederos ó legatarios: de aquí vino el dar á estas disposiciones el nombre de fideicomisos, porque no eran obligatorias con vínculos legales, sino que quedaban abandonadas á la buena fé de aquellos á quie- 1

(1) §. 1 tít. XXV de sus Reglas.

quia *per ipsius salutem rogatus* quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod, quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est *in assiduam jurisdictionem*; tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

nes el testador dirigia su ruego. Despues el Emperador Augusto, movido una y otra vez por consideraciones á ciertas personas, ó bien porque se dijese que algun moribundo habia hecho jurar la ejecucion del fideicomiso por la salud del príncipe, ó bien excitado por la insigne perfidia de algunos, mandó á los cónsules que interpusieran su autoridad para que los fideicomisos fueran cumplidos. Pareciendo justa y siendo popular esta medida, se fué lenta y sucesivamente convirtiendo en una jurisdiccion permanente, y se dispensó tanto favor á los fideicomisos, que se creó un pretor especial encargado de administrar justicia respecto á ellos: á este magistrado se dió el nombre de pretor fideicomisario.

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§§. 268 y siguientes, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Primis temporibus infirma.—Dependiendo el fideicomiso absolutamente de la lealtad y de la buena fé de la persona á quien se rogaba que lo entregase, no producia ninguna obligacion civil.

Nemo invitus cogebatur.—A la razon que da aquí el Emperador, se añade otra mas poderosa aun: en los fideicomisos se encargaba á la fidelidad de una persona lo que no podia exigirse de ella, porque si los testadores hubieran podido directamente y con efecto dejar la herencia ó un legado, es claro que lo hubieran hecho, para que no fuera dependiente de la voluntad del heredero lo que ellos por sí podian dar directamente.

Quibus non poterant hæreditates vel legata relinquere.—A esta clase pertenecian en virtud de la ley Julia y Papia Poppea los célibes; los padres que no tenian hijos, hasta el imperio de Vespasiano, los peregrinos, las personas inciertas, las mujeres á quienes la ley Voconia (1) prohibia obtener una herencia mayor de cien mil ases, los latinos Junianos excluidos por la ley Junia Norbana de las

(1) §. 274, Com. II de las Inst. de Cayo.

herencias y de las mandas (1), y los proscriptos, que con arreglo á la ley Cornelia estaban incapacitados de recibir donaciones testamentarias. Mas no siempre los fideicomisos tenian por único objeto que los testadores dejaran herencias ó legados á personas incapaces; sucedia tambien á veces que los que eran hábiles para testar no podian por circunstancias accidentales dejar lo que deseaban á personas capaces de recibir: en este caso se encontraban los que estaban en peregrinacion, quienes frecuentemente por falta de testigos que fuesen ciudadanos romanos, se veian privados de hacer testamento, lo que, como mas adelante se dirá, contribuyó eficazmente á la introduccion de los codicilos.

Et ideò fideicommissa appellata sunt.—Los fideicomisos, segun se vé aquí, no tomaron su denominacion de las palabras indirectas con que el testador expresaba su voluntad, sino de la confianza que depositaba en la persona á quien hacia el encargo de cumplirla.

Primus divus Augustus.—Ciceron, refiriéndose á su tiempo, dice que en los consejos de amigos, cuyo uso era frecuente en Roma, solo se reprobaban los fideicomisos contrarios al texto de las leyes, que los hombres de probidad creian que aun estos últimos debian cumplirse, y que los pretores consideraban como dignos de vituperio á los que escudándose con las leyes no ejecutaban los fideicomisos. No es de extrañar, pues, que Augusto, obedeciendo á la opinion general, tratase de seguir estos mismos principios.

Gratiâ personarum motus.—Augusto comenzó otorgando por gracia especial la validez de los fideicomisos, lo cual, como advierte este texto, se fué convirtiendo lenta y sucesivamente en una jurisdiccion constante, hasta la creacion del pretor fideicomisario. El favor que se dispensó á los fideicomisos no se extendió siempre indistintamente á todos: Adriano prohibió los hechos á los peregrinos, á personas inciertas, ó con cláusula penal (2); y despues poco á poco se fué exigiendo para ellos la misma capacidad que para los legados, exceptuándose solo los dejados á los latinos Junianos (3). Quedaron, sin embargo, subsistentes algunas diferencias en las reglas y efectos entre las instituciones de herederos y legados por una parte y los fideicomisos universales ó particulares por otra. Diferenciábanse con respecto á las reglas á que se acomodaban: primero, en que en los fideicomisos se daba mayor amplitud á la voluntad del testador que en los legados y herencias: segundo, en que los fidei-

---

(1) §. 275. Com. II de las Inst. de Cayo.
(2) §§. 285 y siguientes.
(3) §. 275.

comisos podian dejarse en codicilos no confirmados en testamento, y por el contrario solo en testamento se dejaban las herencias y los legados: tercero, en que podia imponerse la obligacion de pagar los fideicomisos al que recibiera cualquiera cosa de la herencia, aunque no fuese heredero, y al mismo heredero *ab intestatô*, obligacion que no era lícito imponer al legatario; y cuarto, en que los fideicomisos universales podian dejarse á cierto término, lo que no sucedia en las instituciones de heredero. Diferenciábanse en sus efectos en que los fideicomisos nunca daban la propiedad como el antiguo legado *per vindicationem*, sin necesidad de la tradicion, ni la accion *ex testamentô*, como el legado *per damnationem*, sino que aquellos á quienes se dejaban, debian dirigirse al pretor fideicomisario, que extraordinariamente, *extra ordinem*, determinaba lo que convenia para la subsistencia de las últimas voluntades. Tal era el estado de los fideicomisos en el siglo clásico de la jurisprudencia, y bajo este aspecto se expresan Cayo, Ulpiano y los demás jurisconsultos que lo ilustraron. Los Emperadores Constantino, Constancio y Constante (1), desechando la necesidad de guardar el rigor de las palabras en los legados y fideicomisos, prepararon el camino á Justiniano para igualar á unos y otros en sus efectos, como se ha indicado anteriormente (2).

Per ipsius salutem rogatus.—Cuando no eran obligatorios los fideicomisos, los que morian exigian á las veces á la persona en cuya lealtad confiaban, que jurasen cumplirlos. Entre otros juramentos empleaban el *per salutem principis*, esto es, por la vida del Emperador.

In assiduam jurisdictionem.—Antes de convertirse en permanente la jurisdiccion respecto al conocimiento que tomaban los magistrados para la subsistencia de los fideicomisos, esta sola podia reclamarse en Roma y en determinada época del año: despues se hizo constante el conocimiento, y podia tambien entenderse de los fideicomisos en las provincias, segun dice Suetonio.

2 In primis igitur sciendum est, opus esse, ut *aliquis rectô jure testamentô hæres instituatur*, ejusque fidei committatur, ut eam hæreditatem alii restituat: alioquin inutile est testamentum, in quô nemo hæres instituitur. Cum igitur aliquis

Debe ante todas cosas cuidar el testador de instituir directamente en el testamento un heredero, y confiar á su lealtad que restituya á otro la herencia; porque es nulo el testamento en que nadie ha sido instituido heredero. Así cuando alguno 2

(1) Ley 21, tít. XXXVII, lib. VI del Cód.
(2) §. 3, tít. XX de este Libro.

scripserit, LUCIUS TITIUS HÆRES ESTO; poterit adjicere, ROGO TE, LUCI TITI, UT, CUM PRIMUM POSSIS HÆREDITATEM MEAM ADIRE, EAM CAIO SEIO REDDAS RESTITUAS. Potest autem quisque et de parte restituendâ hæredem rogare; et liberum est, vel purè, vel sub conditione relinquere fideicommissum, *vel ex die certo.*

escribiese: LUCIO TICIO SEA MI HEREDERO, podrá añadir: YO TE RUEGO, LUCIO TICIO, QUE TAN LUEGO COMO PUEDAS ADIR MI HERENCIA, LA DEVUELVAS, LA RESTITUYAS Á CAYO SEYO. Puede asimismo el testador rogar al heredero que restituya solamente una parte de la herencia, y tambien dejar el fideicomiso ó puramente ó bajo condicion ó desde cierto dia.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§§. 248 y 250, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Aliquis rectô jure testamentô hæres instituatur.—Exígese aquí la institucion de heredero, porque se camina bajo el supuesto de que el fideicomiso haya sido dejado en última voluntad, y segun queda dicho, todas las disposiciones del testamento venian á tierra donde no habia institucion de heredero; pero debe tenerse presente que en este mismo título se habla tambien de la validez de los fideicomisos dejados por los que mueren sin testamento. Conviene igualmente advertir que, como más adelante se verá, podia dejarse el fideicomiso no solamente en testamento sino tambien en codicilos. El que dejaba el fideicomiso era denominado *fideicomitente*; *heredero fiduciario*, ó simplemente *fiduciario*, aquel á quien se dejaba el encargo de restituir, y *heredero fideicomisario*, ó solamente *fideicomisario*, el que recibia la utilidad del fideicomiso.

Vel ex die certô.—El fideicomiso podia dejarse desde cierto dia: aquí no habia peligro de que uno muriera parte testado é intestado en parte, porque atendido el rigor del derecho, siempre permanecia heredero aquel que restituia, segun dice el mismo Justiniano en el texto que sigue.

3 *Restitutâ* autem *hæreditate*, is, qui restituit, *nihilominùs hæres permanet;* is verò, qui recipit hæreditatem, *aliquandò hæredis, aliquandò legatarii locô habebatur.*

Restituida la herencia en virtud del fideicomiso, el que restituye, permanece siendo heredero, y el que recibe, unas veces era considerado como heredero y otras como legatario. 3

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 251, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Restitutâ hæreditate.—Restituir una herencia no es entregar los objetos que la componen, sino desprenderse del derecho que se tiene como heredero.

Nihilominùs hæres permanet.—Era un principio reconocido en el derecho antiguo romano, que el que una vez era heredero no podia dejar de serlo (1): de aquí provenia que desde el momento en que se verificaba la aceptacion de la herencia, no hubiese ya mas patrimonio que el del heredero, quedando en él refundido el del difunto. Aunque despues en ciertos casos se admitió la separacion de los patrimonios, no se cambió por esto el derecho primitivo, porque solo fué un favor concedido al heredero contra los acreedores hereditarios, ó á estos contra los acreedores del heredero. Como consecuencia de aquel principio, el fiduciario, á pesar de la restitucion de la herencia, estaba considerado como heredero, y á él solo y contra él solo correspondian las acciones en favor ó contra la herencia. Necesario era para que la responsabilidad recayera en el fideicomisario por la parte que recibia, y para que se cumpliese la voluntad del testador que queria que los créditos y las deudas fueran en su beneficio y á su cargo, adoptar una fórmula con que se salvase el rigor de los principios. Al efecto se apelaba á una venta fingida de la herencia que el heredero fiduciario hacia al fideicomisario; mas como la herencia no podia venderse como universalidad de bienes, porque en el mismo hecho de la adicion se habia confundido con el patrimonio del fiduciario, resultaba que el fideicomisario no podia tener el carácter de sucesor universal del difunto, sino de un adquirente singular por título de compra, á quien se trasferia la propiedad por la tradicion que se le hacia de lo vendido. Como esto no bastaba para la trasmision de las acciones activas ó pasivas que siempre correspondian á ó contra el heredero, en concepto de representante de la persona del difunto, se interponian dos estipulaciones al hacer la venta de la herencia, con cuyo auxilio quedaban satisfechos todos los escrúpulos: por una el fideicomisario, que era el comprador, estipulaba con el fiduciario que este le restituiria todo lo que correspondiera como heredero, y que le autorizaba en concepto de procurador para cobrar los créditos hereditarios; esta es la estipulacion *emptæ hæreditatis*: por otra parte el fiduciario, vendedor de la herencia, estipulaba con el fideicomisario que este se obligaba á indemnizarle de

(1) §. 10 de la ley 7, tít. IV, lib. IV; y ley 88, tít. V, lib. XXVIII del Dig.

todas la deudas hereditarias que se viera precisado á pagar; esta era la estipulacion *venditæ hæreditatis*. De ambas estipulaciones habla Cayo en sus Instituciones. Segun se deduce de lo dicho, el fideicomisario no era considerado antes como heredero ni como legatario, sino como comprador (1).

Aliquandò hæredis, aliquandò legatarii locô habebatur.—Modificado el rigor primitivo de los principios, se consideró que el fideicomisario, aunque destituido del verdadero carácter de heredero ó de legatario, hacia sus veces: por esto dice el texto *aliquandò hæredis, aliquandò legatarii locô habebatur.* Se consideraba que ocupaba el lugar de heredero cuando la restitucion de la herencia se le hacia en virtud del senado-consulto Trebeliano, y como legatario, cuando la recibia en virtud del Pegasiano.

4 Et in Neronis quidèm temporibus, *Trebelliô Maximô et Anneô Senecâ consulibus*, senatus-consultum factum est, quô cautum est, ut, *si hæreditas ex fideicommissi causâ restituta sit*, omnes actiones, *quæ jure civili hæredi et in hæredem competerent*, ei et in eum darentur, cui ex fideicommissô restituta esset hæreditas. Post quod senatus-consultum *prætor utiles actiones* ei et in eum, qui recepit hæreditatem, quasi hæredi et in hæredem *dare cœpit*.

En el imperio de Neron, siendo cónsules Trebelio Máximo y Anneo Séneca, se hizo un senado-consulto, estableciendo que cuando la herencia fuera restituida en virtud de un fideicomiso, todas las acciones que segun el derecho civil competian al heredero ó contra el heredero, se diesen al fideicomisario ó contra el fideicomisario. En consecuencia de este senado-consulto, el pretor comenzó á dar acciones útiles al fideicomisario ó contra el fideicomisario, como si fueran al heredero ó contra el heredero. 4

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 253, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Trebelliô Maximô et Anneô Senecâ consulibus.—Cayo, á quien Justiniano siguió principalmente en este lugar, y Ulpiano (2), atribuyen al mismo imperio y consulado este senado-consulto: el último expresa que se hizo en 26 de Agosto. No aparece en los fastos consulares el nombre de estos cónsules, lo que induce á creer que fuesen nombrados por muerte ó remocion de los ordinarios. El año en que se dió este senado-consulto fué el 815 de la fundacion de Roma.

---

(1) §. 252, Com. II de las Inst. de Cayo.
(2) §. 1 de la ley 1, tit. I, lib. XXXVI del Dig.

Si hæreditas ex fideicommissi causâ restituta sit.—Si los que habian sido instituidos herederos fiduciarios rehusaban admitir la herencia, ó por temor de los pleitos ó por el peligro de las deudas, quedaba sin efecto todo el testamento. Esta consideracion, la injusticia que envolvia el que se convirtiera en daño del testador la confianza que habia depositado en el heredero fiduciario, y el principio de equidad en cuya virtud aquel á quien pertenecian las utilidades de la herencia debia tambien sufrir sus incomodidades, dieron lugar al senado-consulto que cita el texto, y que, del nombre del primer cónsul en cuya época se hizo, es conocido con el nombre de *Trebeliano.*

Quæ jure civili hæredi et in hæredem competerent.—El rigor estricto del antiguo derecho civil, considerando como heredero al que habia adido la herencia, no cesó á pesar del senado-consulto Trebeliano, sin embargo de que los senado-consultos eran una parte del derecho civil en el sentido estricto de la frase. El heredero fiduciario continuó por lo tanto siendo reputado como heredero, y solo á él y contra él se daban las acciones directas; pero á su vez si era reconvenido por los acreedores hereditarios ó testamentarios, podia presentar la excepcion *restitutæ hæreditatis*, que en virtud del senado-consulto Trebeliano hacia ineficaces las acciones que contra él se dirigieran: así el heredero fiduciario no corria riesgo alguno. La misma excepcion podian oponer los deudores hereditarios contra quienes el fiduciario entablaba sus acciones despues de restituida la herencia (1).

Prætor utiles actiones dare cæpit.—Correspondiendo, segun queda dicho, las acciones directas á, ó contra el fiduciario, en virtud del senádo-consulto Trebeliano, el pretor concedia las útiles á, ó contra el fideicomisario, fundándose en una ficcion que consistia en considerar como heredero al que en rigor de derecho no lo era. Estas acciones útiles producian el mismo efecto que las directas.

5 Sed quia hæredes scripti, cum aut totam hæreditatem, aut pænè totam plerumquè restituere rogabantur, *adire hæreditatem* ob nullum aut minimum lucrum *recusabant*, atque ob id extinguebantur fideicommissa, posteâ Vespasiani Augusti temporibus, *Pegasô et Pusione consulibus*, *senatus censuit*,

Pero como los herederos escritos á quienes se rogaba que restituyeran ó toda, ó casi toda la herencia, rehusaban frecuentemente adirla por el ninguno ó pequeño interés que les resultaba, de lo que provenia que se extinguieran los fideicomisos, el senado determinó en el imperio de Vespasiano, siendo cónsules Pe- 5

(1) §. 7 de la ley 27, tit. I, lib. XXXVI del Dig.

ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perindè liceret *quartam partem retinere*, atque ex lege Falcidiâ in legatis retinere *conceditur. Et singulis quoquè rebus*, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatus-consultùm *ipse hæres onera hæreditaria sustinebat*; ille autem, qui ex fideicommissô recepit partem hæreditatis, *legatarii partiarii locó* erat, id est, ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur. Quæ species legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Undè, quæ solebant stipulationes inter hæredem et partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum, qui ex fideicommissô recepit hæreditatem, et hæredem, id est ut et lucrum dàmnumque hæreditarium pro ratâ parte inter eos commune sit.

gaso y Pusion, que aquel á quien se rogaba que restituyese la herencia, pudiera retener la cuarta parte, del mismo modo que se habia concedido por la ley Falcidia respecto á las cosas legadas. Esta retencion fué extensiva tambien á los objetos particulares dejados por fideicomiso. Despues de este senado-consulto, el heredero quedaba sujeto á las cargas hereditarias, y aquel que recibia parte de la herencia en virtud del fideicomiso, se asimilaba á un legatario parciario; especie de legado que se llamaba particion, porque el legatario partia con el heredero. De aquí dimanó que las estipulaciones que se empleaban entre el heredero y el legatario parciario, se empleasen tambien entre el heredero y el fideicomisario, estipulaciones cuyo objeto era que las utilidades y las cargas se repartieran proporcionalmente á lo que cada uno percibiera de la herencia.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 254, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Adire hæreditatem recusabant.—El senado-consulto Trebeliano, aunque libertaba al heredero fiduciario de responder de las cargas hereditarias, sin embargo, no era un aliciente bastante para que se admitiesen las herencias; el heredero instituido frecuentemente se resistia á hacer una adicion que no ofreciéndole ventajas ningunas ó reportándole muy pocas, venia á ser ilusoria. Así es que á pesar del citado senado-consulto, acontecia muchas veces que las herencias fideicomisarias no tuvieran efecto. Hé aquí el motivo del senado-consulto Pegasiano que se menciona en el texto.

Pegasô et Pusione consulibus.—No consta de un modo fijo el año á que pertenece este senado-consulto: supónese generalmente que corresponde á uno de los que mediaron desde el 823 al 829 de la fundacion de Roma.

Senatus censuit.—No solo era esta disposicion, sino otras varias las que contenia el senado-consulto Pegasiano.

Quartam partem retinere conceditur.—El senado-consulto Pegasiano fué introducido á imitacion de la ley Falcidia; de aquí dimana que la cuarta parte que asignó al fiduciario y á que comunmente se da hoy el nombre de *cuarta Trebeliánica*, no se denominase por los romanos *cuarta Pegasiana*, sino *cuarta de la ley Falcidia* (1).

Ex singulis quoquè rebus.—El heredero á quién se ha impuesto la obligacion de restituir ó toda la herencia, ó una parte de ella, y además algunos fideicomisos singulares, puede retener la cuarta parte de lo que entrega al heredero fideicomisario y á los fideicomisarios singulares.

Ipse hæres onera hæreditaria sustinebat.—El senado-consulto Pegasiano no derogó el Trebeliano: uno y otro se aplicaban en circunstancias diferentes, como se dice en el siguiente texto. Pero cuando el heredero se acogia al Pegasiano, recobraban su fuerza los principios anteriores al Trebeliano; así es, que los acreedores hereditarios y testamentarios solo podian dirigir su accion contra el fiduciario, y este no tenia recurso contra el fideicomisario, á no ser que hubieran mediado las estipulaciones *partis et pro parte*, en virtud de las que solo seria eficaz la accion dirigida contra el primero en la proporcion que correspondiera á la parte retenida. Así el fideicomisario venia á ser un legatario parciario, como se ha explicado al comentar el párrafo tercero de este mismo título.

Legatarii partiarii locô.—Al finalizar el título de legados se ha expuesto ya lo necesario respecto á los legatarios parciarios, y cuanto conduce á la inteligencia de este texto.

6 Ergo si quidèm non plùs quàm dodrantem hæreditatis scriptus hæres rogatus sit restituere, *tùnc ex Trebellianô senatus-consultô restituebatur hæreditas*; et in utrumque actiones hæreditariæ pro ratâ parte dabantur: in hæredem quidèm jure civili; in eum verò, qui accipiebat hæreditatem, ex senatus-consultô Trebellianô tanquam in hæredem. At si plùs quàm dodrantem, vel etiàm totam hæreditatem, restituere rogatus sit, locus erat Pegasiano senatus-consulto, et hæres, qui semèl adierit hæreditatem, si modô suâ voluntate adierit, sive retinue-

Por lo tanto, si no se habia rogado al heredero instituido que restituyera mas que las tres cuartas partes de la herencia, entonces esta restitucion se hacia conforme al senado-consulto Trebeliano, y las acciones hereditarias se daban contra el fiduciario y fideicomisario en proporcion á la parte de cada uno: contra el fiduciario por derecho civil, y contra el fideicomisario por el senado-consulto Trebeliano, como si fuera heredero. Mas si el testador hubiera rogado al que instituia heredero, que restituyera mas de tres cuartas partes de la herencia ó toda 6

(1) §. 7 de la ley 30, tít. II, lib. XXXV; y §. 2, ley 22, tít. I, lib. XXXVI del Dig.

rit quartam partem, *sive noluerit retinere*, ipse universa onera hæreditaria sustinebat. Sed quartâ quidèm retentâ, quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tamquam inter partiarium legatarium et hæredem; si verò *totam hæreditatem restituerit*, emptæ et venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Sed *si recuset* scriptus hæres *adire hæreditatem*, ob id, quod dicat, eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasianô senatus-consultô, ut, desiderante eô, cui restituere rogatus est, jussu prætoris adeat, et restituat hæreditatem, perindèque ei et in eum, qui recepit hæreditatem, actiones dentur, ac si juris est ex Trebellianô senatus-consultô: quô casu nullis stipulationibus opus est, quia simùl et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hæreditariæ ei et in eum transferuntur, qui recepit hæreditatem, *utrôque senatus-consultô* in hac specie *concurrente*.

ella, habia lugar al senado-consulto Pegasiano, y el heredero que hacia la adicion, con tal que fuera voluntaria, quedaba sujeto á todas las cargas hereditarias, bien hubiera hecho ó no la retencion de la cuarta parte. Cuando retenia la cuarta parte, intervenian entre el fiduciario y el fideicomisario las estipulaciones *partis et pro parte*, del mismo modo que entre el legatario parciario y el heredero; mas si la restitucion era de toda la herencia, mediaban entonces las estipulaciones *emptæ et venditæ hæreditatis*. Si el heredero escrito rehusa adir la herencia porque cree que le será onerosa, el senado-consulto Pegasiano permite al fideicomisario dirigirse al pretor, para pedirle que mande al fiduciario hacer la adicion y restituirle la herencia: en este caso las acciones se dan á ó contra el fideicomisario con arreglo á lo establecido en el senado-consulto Trebeliano, y no hay necesidad de estipulaciones, porque por la concurrencia de los dos senado-consultos, el instituido queda libre de toda accion, y las acciones hereditarias se trasfieren á favor ó contra el que recibió la herencia.

ORIGENES.

Copiado casi literalmente de Cayo (§§. 255, 256, 257 y 258, Com. II, de sus Inst.)

Comentario.

Tunc ex Trebellianô senatus-consultô restituebatur hæreditas.— Como he dicho al finalizar el comentario del texto anterior, el senado-consulto Pegasiano no excluyó al Trebeliano, sino que uno y otro eran aplicables á diferentes casos, segun la importancia de los fideicomisos y la proporcion que habia entre su valor y el de la herencia. Cuando el fideicomiso no excedia de las tres cuartas partes de los bienes, la restitucion se hacia como dice este texto, en virtud del senado-consulto Trebeliano, y si excedia, por el senado-consulto Pegasiano.

Sive noluerit retinere.—Aunque el heredero no quisiera retener la cuarta parte de la herencia despreciando el beneficia del senado-consulto Pegasiano, no podia acogerse al Trebeliano si se le habia dejado aquella cuarta parte.

Totam hæreditatem restituerit.—El heredero fiduciario podia, si queria, dejar de retener la cuarta parte de la herencia, que concedia el senado-consulto Pegasiano á los herederos instituidos, porque cada uno puede renunciar á los beneficios introducidos á su favor; pero este hecho espontáneo no cambiaba el derecho. De consiguiente, estando el fiduciario en este caso bajo el imperio del senado-consulto Pegasiano, á él y contra él se daban todas las acciones sin que pudiera invocar el auxilio del Trebeliano. Por esto, para libertarse de perjuicios, y no percibir indebidamente por otra parte lo que correspondia al fideicomisario, se veia el fiduciario obligado á acudir á las estipulaciones antiguas *emptæ et venditæ hæreditatis*, como dice el texto.

Si recuset adire hæreditatem.—Si habiendo dejado el testador menos de la cuarta parte de la herencia al heredero instituido, este rehusaba adirla, creyendo que la cuarta parte que podia retener en virtud del senado-consulto Pegasiano no le habia de indemnizar suficientemente de los perjuicios que temia, podia ser compelido á hacerlo en los términos que expresa este texto.

Utrôque senatus-consultô concurrente.—La adicion forzosa de la herencia en el caso del texto, provenia del senado-consulto Pegasiano, y la trasferencia de acciones á ó contra el heredero, del Trebeliano.

7 Sed quia *stipulationes ex senatus-consultô Pegasiano descendentes* et ipsi antiquitati displicuerunt, et *quibusdam casibus captiosas* eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, et nobis in legibus magis simplicitas, quàm difficultas placet, ideò omnibus nobis suggestis tàm similitudinibus, quàm differentiis utriusque senatus-consulti, placuit, *explosô senatus-consultô Pegasianô*, quod posteâ supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatus-consulto præstare, ut ex eô fideicommissariæ hæreditates restituantur, sive habeat hæres ex voluntate testatoris *quartam*, sive plus, sive minus, sive penitùs nihil, ut

Las estipulaciones á que daba lugar el senado-consulto Pegasiano, desagradaron á los antiguos jurisconsultos: Papiniano, varon de un genio superior, las llama capciosas en algunos casos. Nosotros que queremos mas la sencillez que la complicacion en las leyes, despues de haber examinado las semejanzas y diferencias que habia entre ambos senado-consultos, hemos derogado el Pegasiano que era el mas moderno; y dado al Trebeliano una autoridad exclusiva; de manera que, ó bien tenga el heredero por la voluntad del testador la cuarta parte, ó mas ó menos, ó absolutamente nada, deberá restituir la herencia 7

tunc, quandò vel nihil, vel minus quartæ apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostrâ auctoritate retinere, *vel repetere solutum*, quasi ex Trebellianô senatus-consultô, pro ratâ portione actionibus, tàm in hæredem, quàm in fideicomissarium, competentibus. Si verò totam hæreditatem sponte restituerit, omnes hæreditariæ actiones fideicommissario et adversus eum competunt. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani senatus-consulti fuerat, ut, quandò recusabat hæres scriptus sibi datam hæreditatem adire, necessitas et imponeretur totam hæreditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones, et hoc transponimus ad senatus-consultum Trebellianum, ut ex hoc solô et necessitas hæredi imponatur, si ipsô nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hæreditatem, nallô nec damnô nec commodô apud hæredem manente.

con arreglo á este último senado-consulto; mas si no se le ha dejado nada ó lo que se le dejó, fuese menos de la cuarta parte, podrá retenerla ó completarla, ó reclamarla si ya la ha entregado, dividiéndose las acciones entre el heredero y el fideicomisario en proporcion á la parte de la herencia que tenga cada uno, con arreglo al senado-consulto Trebeliano. Mas si voluntariamente restituyere toda la herencia, las acciones hereditarias se darán íntegramente á ó contra el fideicomisario. Hemos además trasferido al senado-consulto Trebeliano una de las principales decisiones que contenia el Pegasiano, á saber, que si el heredero escrito rehusaba hacer la adicion de la herencia, se le compeliese á restituirla al fideicomisario que lo deseaba, y que en tal caso todas las acciones pasasen á ó contra este último: así, solo por el senado-consulto Trebeliano será compelido el heredero á hacer la adicion, cuando, rehusándolo él, desee el fideicomisario que le sea restituida la herencia, pero en tal caso no quedará al fiduciario ni responsabilidad ni beneficio por la adicion.

Comentario.

Stipulationes ex senatus-consultô Pegasianô descendentes.—El senado-consulto Trebeliano habia hecho inútiles estas estipulaciones; con arreglo al Pegasiano, el uso las habia restablecido, porque la restitucion de la herencia efectuada segun este, no trasferia las acciones hereditarias (1). Por esto sin duda dijo Justiano en el texto que comento, que las estipulaciones entre el fiduciario y el fideicomisario provenian del senado-consulto Pegasiano.

Quibusdam casibus captiosas.—Las estipulaciones que mediaban entre el fiduciario y fideicomisario no bastaban para salvar los intereses

(1) §§. 253 y 254, Com. II de las Inst. de Cayo.

de los contrayentes, pues cada uno de ellos estaba expuesto á la insolvencia del otro.

Explosô senatus-consultô Pegasianô.—Al refundir Justiniano los senado-consultos Trebeliano y Pegasiano en uno solo, se propuso evitar los antiguos inconvenientes, y dar á la restitucion del fideicomiso mas sencillez, mas seguridad y un carácter mas general que el que tenia antes. Sin embargo, como de este mismo texto aparece, la supresion del senado-consulto Pegasiano no fué una verdadera abrogacion, porque sus disposiciones se refundieron enteramente en el nuevo senado-consulto Trebeliano.

Quartam.—Queda dicho antes que á la cuarta parte de la herencia que el heredero debia retener con arreglo al senado-consulto Pegasiano, se daba el nombre de *cuarta de la ley Falcidia*; mas los intérpretes, por la fusion de que acaba de hablarse, le dan generalmente el nombre de *cuarta Trebeliánica*, á pesar de que no debió su introduccion al senado-consulto de este nombre. De estar comprendida esta cuarta parte en las leyes romanas bajo el nombre de *cuarta de la ley Falcidia*, se infiere que es extensivo á ella todo lo que respecto á la última queda dicho en uno de los títulos anteriores.

Vel repetere solutùm.—Antes de hacer Justiniano esta fusion, el heredero que hubiera restituido toda la herencia, no tenia derecho á reclamar como pagado indebidamente lo que habia satisfecho de la cuarta parte que podia haber retenido, porque se creia que su intencion era atemperarse extrictamente á la voluntad del testador y renunciar un beneficio á su favor introducido (1), lo cual innovó Justiniano estableciendo la doctrina del texto.

De la lectura de todo este párrafo se infiere que por consecuencia del cambio que hizo Justiniano el fideicomisario viene á ser un heredero, *locô hæredis*, porque si el fiduciario acepta la herencia, las acciones que hay en favor ó contra ella, corresponderán, por lo que hace á las tres cuartas partes, á ó contra el fideicomisario, y si el fiduciario no quiere aceptar, el fideicomisario será único heredero.

3 Nihil autem interest, utrùm aliquis, ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogatur, an ex parte hæres institutus, aut totam eam partem, aut partis partem restituere

Nada importa para la aplicacion de nuestra decision que ó solo haya un heredero instituido en el todo, á quien se encargue de restituir la herencia ó parte de ella, ó que á un heredero instituido en parte se haya. 3

(1) §. 4, tit III, lib. VI de las Sent. de Paulo.

rogatur: nam et hoc casu *eadem observari præcipimus*, quæ in totius hæreditatis restitutione diximus.

rogado que restituyera íntegramente ó en parte la que se le ha dejado, porque en este último caso se le aplicará lo que queda dicho respecto de la restitucion de toda la herencia.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 259, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Eadem observari præcipimus.—Fúndase esto en que lo aplicable al todo, cuando del todo se trata, lo es tambien á la parte, cuando se habla solo de la parte.

9 Si quis, unâ *aliquâ re deductâ* sive præceptâ, *quæ quartam continet*, veluti fundô vel aliâ re, rogatus sit restituere hæreditatem: simili modô ex Trebellianô senatus-consultô restitutio fiat, perindè ac si, quartâ parte retentâ, rogatus esset reliquam hæreditatem restituere (*a*). Sed illud interest, quod alterô casu, id est, cum deductâ sive preceptâ aliquâ re restituitur hæreditas, in solidum ex eô senatus-consultô actiones transferuntur, et res, quæ remanet apud hæredem, sine ullô onere hæreditariô apud eum manet, quasi ex legatô ei acquisita; alterô verò casu, id est, cum, quartâ parte retentâ, rogatus est hæres restituere hæreditatem, et restituit, *scinduntur actiones*, et pro dodrante quidèm transferuntur ad fideicommissarium, pro cuadrante remanent aqud hæredem. Quin etiam, licèt in unâ re aliquâ deductâ aut præceptâ restituere aliquis hæreditatem rogatus est, quâ *maxima pars hæriditatis* contineatur, æquè in solidum transferuntur actiones, et secum deliberare debet is, cui restituitur hære-

Si se ha rogado al heredero instituido restituir la herencia, reteniendo ó tomando preferentemente algun objeto, como una heredad ú otra cosa que equivalga á la cuarta parte, se hará la restitucion, segun el senado-consulto Trebeliano, del mismo modo que si se le hubiese rogado restituir la herencia, reservándose la cuarta parte (*a*). Pero hay esta diferencia: que en uno de los casos, esto es, cuando el testador autoriza al heredero para que deduzca ó perciba preferentemente alguna cosa, todas las acciones se trasfieren solidariamente á ó contra el fideicomisario en virtud del senado-consulto, y que la cosa que conserva el heredero no está sujeta á ninguna carga hereditaria, sucediendo lo mismo que si la hubiera percibido como manda; mas en el otro caso, esto es, cuando se ha rogado al heredero que restituya la herencia reteniendo la cuarta parte, y lo hace así, se dividen las acciones, y pasan por lo que respecta á las tres cuartas partes al fideicomisario, y por la otra cuarta parte quedan en el heredero. Aun cuando 9

(1) §. inicial ley 16, tit. I, lib. VI del Dig.

itas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicèt interveniunt et si, *duabus pluribusve deductis* rebus præceptisve, restituere hæreditatem rogatus sit. Sed et si, certâ summâ deductâ præceptâve, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus sit aliquis hæreditatem restituere, idem juris est (*b*). Quæ diximus de eô, qui ex asse hæres institutus est, eadem transferimus et ad eum, qui ex parte hæres scriptus est (*c*).

la cosa que el heredero instituido ha sido autorizado á deducir ó tomar preferentemente, constituya la mayor parte de la herencia, las acciones hereditarias pasarán igualmente *in solidum* á y contra el fideicomisario, el cual deberá examinar si le conviene ó no que se le restituya la herencia. Lo mismo sucede en el caso de que la deduccion ó la percepcion preferente que puede hacer el heredero, consistiere en dos ó mas cosas determinadas ó sobre una cantidad de dinero equivalente á la cuarta parte ú otra mayor (*b*). Lo que establecemos respecto al heredero que está instituido en toda la herencia, se aplica tambien al que lo es por parte solamente (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 16, ley 1, tít. I, lib. XXXVI del Dig.)
(*b*) Conforme con Marciano. (§. 3, ley 30, tít. I, lib. XXXVI del Dig.)
(*c*) Conforme con Cayo. (§. inicial de la ley 76, tít. I, lib. VI del Dig.)

Comentario.

Aliquâ re deductâ, quæ quartam continet.—Mas importante era la materia de que este texto habla, antes de que Justiniano hiciera la fusion de los senado-consultos Trebeliano y Pegasiano, porque cuando el testador disponia que el fiduciario retuviera la cuarta parte ó cualquier cosa que equivaliera á ella, no tenia necesidad este de acudir al senado-consulto Pegasiano, y de consiguente, restituyendo la herencia bajo el Trebeliano, las acciones se trasferian á ó contra el fideicomisario. Por esto despues de la refundicion de ambos senado-consultos, vino á ser ociosa la cuestion en semejante terreno. Atendido el derecho de Justiniano, lo que antes se observaba, conserva sus efectos cuando en el testamento se establezca que el fiduciario retenga un objeto determinado, cuyo valor equivalga á la cuarta parte: el fundamento de esto es la voluntad del testador que se supone haber dejado como legado la cosa determinada que quiso que retuviera el fiduciario. En este caso puede decirse que el fiduciario no es considerado como heredero, *locô hæredis*, sino como legatario, *locô legatarii*, y no representando la persona jurídica del difunto ni total ni parcialmente, ni le aprovecharán ni le dañarán las acciones hereditarias.

Scinduntur actiones.—Esto se funda en que el fiduciario y el fideicomisario son herederos, aunque en partes desiguales, y por lo tanto justo es que se dividan las acciones activas y pasivas de la herencia proporcionalmente á la parte de cada uno, pues que ambos continúan parcialmente la representacion jurídica del difunto.

Maxima pars hœreditatis.—En el caso contrario al expresado en el texto, es decir, cuando la cosa dejada al fiduciario no llegue á la cuarta parte, ó bien podrá este pedir el complemento, ó bien retener, al hacer la restitucion, lo que falte hasta completar la cuarta parte. Justo es en este caso que respecto á la diferencia que hay entre la cosa legada y la cuarta parte íntegra, se le considere como heredero, y como legatario en la cosa que determinadamente se le dejó, opinion seguida por los autores y que me parece fundada.

Duabus pluribusve deductis.—Ni la cantidad ni el valor de las cosas dejadas determinadamente al fiduciario introducen distincion en el carácter que se le da: la diferencia consiste en el modo con que se ha dejado el fideicomiso.

10 Præterea intestatus quoquè *moriturus potest rogare* eum, ad quem bona sua vel legitimô jure vel honorariô pertinere intelligit, ut hæreditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat (d): cum alioquin legata, *nisi*
11 *ex testamento*, non valeant (b). Eum quoquè, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alii totum, aut pro parte, vel etiam aliud aliquid *restituat* (c).

Además una persona que muere intestada, puede rogar á aquel á quien cree que han de ir á parar sus bienes, ó bien por derecho civil ó por el pretorio, que restituya á otro la herencia ó total ó parcialmente, ó una cosa determinada, como una heredad, un esclavo, ó cierta cantidad de dinero (a), lo que no sucede en los legados, que no valen si no son dejados en testamento (b). 10
Puede tambien rogarse al fideicomisario que á su vez restituya á otro el todo, ó parte, ó cosa diferente de la que recibió (c). 11

ORIGENES.

(a) Conforme con Cayo (§. 270, Com. II de sus Inst.); y con Ulpiano. (§§. 4 y 8. tít. XXV de sus Reglas.)
(b) Conforme con Modestino. (Ley 36, lib. XXXI del Dig.)
(c) Conforme con Scévola. (§. 11, ley 78, tít. I, lib. XXXVI del Dig.)

Comentario.

Moriturus potest rogare.—Morir intestado ó sin testamento no es morir sin manifestar la postrimera voluntad, pues que esta puede demostrarse por medio de fideicomisos. En un principio los fideicomisos solo se encargaban á los herederos testamentarios; así es que el

jurisconsulto Juliano (1), que floreció en tiempo de Adriano, trató la cuestion de si deberian ó no ser extensivos á las sucesiones intestadas, cuya cuestion quedó fuera de toda duda en el imperio de Antonino Pio, que la resolvió afirmativamente (2). Desde entonces los senado-consultos Trebeliano (3) y Pegasiano, establecidos solo con relacion á los fideicomisos dejados en testamento, se hicieron extensivos á los que hacian las personas que morian intestadas.

Debo, sin embargo, satisfacer á una objecion que preveo; á saber: que no pudiendo imponerse á nadie la obligacion de restituir por fideicomiso mas de lo que recibe (4), no debe imponerse al sucesor legítimo la obligacion de restituir, puesto que él ha recibido la herencia por disposicion de la ley y no por efecto de la voluntad del testador: pero á esto fácilmente se contesta, puesto que en el hecho de no haber el finado elegido un heredero, implícitamente ha dejado la herencia á sus herederos *ab intestâtô*.

Nisi ex testamentô.—A diferencia de los fideicomisos, los legados solo podian dejarse en testamento. Considerábanse como parte del testamento los codicilos confirmados en él, esto es, aquellos cuyo contenido el testador prevenia que fuera tenido por válido (5). Con la igualacion que hizo Justiniano entre los legados y fideicomisos, cesó en mi dictámen esa diferencia.

Restituat.—El heredero instituido es quien disfruta de la retencion de la cuarta parte de la herencia, porque la ley se propone como fin que haya adicion, la cual es independiente de la existencia del fideicomisario. Pero si el instituido hace la adicion en virtud de órden del magistrado y restituye toda la herencia al fideicomisario sin retener la cuarta parte, este, como representando al mismo heredero, puede hacer la deduccion de la cuarta parte de la herencia en caso de que tenga que restituirla á un tercero (6).

12 Et quia prima fideicommissorum cunabula à fide hæredem pendent, et tàm nomen quàm substantiam acceperunt, et ideò divus Augustus ad necessitatem juris ea detraxit: nupèr et nos, *eundem principem superare contendentes*, ex factô, quod Tribonianus, vir excelsus,

El Emperador Augusto hizo obligatorios los fideicomisos, que en su orígen descansaban en la buena fé de los herederos, de lo que les vino tanto el nombre como la esencia. Deseando nosotros superar á este Emperador, y tomando en consideracion lo propuesto por Triboniano, 12

(1) §. 1, ley 6, tít. I, lib. XXXVI del Dig.
(2) §. inicial, ley 18, tít. II, lib. XXXV del Dig.
(3) §. 1, ley 6, tít. I, lib. XXXVI del Dig.
(4) §. 1, tít. XXIV, lib. III de estas Inst.
(5) §. 270 del Com. II de las Inst. de Cayo.
(6) §. 11, ley 65, tít. I, lib. XXXVI del Dig.

quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus: si testator fidei hæredis sui commisit, ut vel hæreditatem vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scripturâ, neque ex quinque testium numerô (qui in fideicommisis legitimus esse noscitur), res possit manifestari, sed vel pauciores quam quinque, vel nemo penitùs testis intervenerit, tunc, sive pater hæredis, sive alius quicumque sit, qui fidem elegerit hæredis, et ab eô aliquid restitui voluerit, si hæres perfidiâ tentus adimplere fidem recusat, negandô rem ità esse subsecutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cum priùs ipse *de calumniâ juraverit*, necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale à testatore audivit, vel *recusantem ad fideicommissi*, vel universitatis, vel specialis *solutionem coarctari*, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei hæredis commissa. Eadem observari censuimus, etsi à legatariô, vel fideicommisariô, aliquid similitèr relictum sit. Quod si is, à quô relictum dicitur, confiteatur quidèm aliquid à se relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat, omnimodò cogendus est solvere.

varon eminente, cuestor del palacio imperial, publicamos una constitucion en que dispusimos que si el testador hubiere encargado á la lealtad de su heredero que restituyese ó la herencia ó una cosa particular, y este hecho no pudiera probarse ni por escritura ni por cinco testigos (que es el número legítimo de los que se requieren para los fideicomisos), sino que solo hubieran intervenido ó menos testigos ó ninguno, entonces, bien sea el padre del heredero, ó bien cualquiera otro, que fiándose del heredero le haya encargado que haga la restitucion, si este pérfidamente se negase á cumplirla negando el fideicomiso, pueda el fideicomisario deferirle juramento, con tal que él mismo jure antes de calumnia, y en este caso tendrá el fideicomisario obligacion, ó de jurar que nada le ha dicho el testador, ó de pagar el fideicomiso universal ó especial: de este modo no perecerá la última voluntad del testador que se fió del heredero. Establecemos que lo mismo se observe en el caso de que se imponga al legatario ó fideicomisario la carga de restituir algun fideicomiso. Si aquel á quien se ha impuesto esta carga, despues de haber negado el hecho lo confesare, y quisiere recurrir á sutilezas de derecho para evadirse de su oblicion, deberá ser compelido á cumplirla.

ORIGENES.

Conforme con una constitucion de Justiniano. (Ley 32, tít. XLII, lib. VI del Cód.)

Comentario.

Eumdem principem superare contendentes.—Justiniano no solamente siguió en este lugar los antiguos principios que daban á los fideicomisos mucha mayor latitud que á las demás últimas disposiciones, y que hacian omnipotente hasta cierto punto la voluntad

del que dejaba el fideicomiso, sino que aun los exageró mas, admitiendo pruebas que anteriormente no habian sido reputadas por bastantes. Para que Justiniano no aparezca en contradiccion consigo mismo, necesario es suponer que la doctrina del texto es aplicable á los legados, puesto que por él fueron estos igualados en un todo á los fideicomisos.

De calumniâ juraverit.—Esto quiere decir que aquel que pretende que se le dejó un fideicomiso y quiere que preste el heredero el juramento de que habla este texto, debe jurar préviamente que no lo hace para causar vejaciones ni molestias al contrario, sino porque efectivamente está persuadido que se le ha dejado el tal fideicomiso. A este juramento llamaban los romanos *jurare de calumniâ*, nomenclatura que nosotros hemos conservado en la frase, *jurar de calumnia.*

Recusantem ad fideicommissi solutionem coarctari.—La oposicion del heredero á prestar el juramento, se reputa como una confesion, si no tácita, presunta al menos, de que el testador le impuso la obligacion de dar el fideicomiso. Con mas razon debe considerarse subsistente este, cuando el heredero jura que se le impuso el cargo acerca del que se le pide el juramento, porque su confesion es prueba plena contra él.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Por las mismas razones que quedan expuestas al hablar de la cuarta falcidia, creo que no debe hacerse tampoco entre nosotros la deduccion de la cuarta parte de las herencias fideicomisarias, á pesar de que se halla tambien establecida en las Partidas (1).

TITULUS XXIV.	TITULO XXIV.
De singulis rebus per fideicommissum relictis.	**De las cosas singulares dejadas por fideicomiso.**

Pasa el Emperador á tratar de los fideicomisos singulares, como implícitamente indicó al comenzar el título que antecede.

Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere,	Puede uno dejar por fideicomiso objetos particulares, por ejemplo,

(1) Ley 14, tit. V; y ley 8, tit. XI, Part. VI.

veluti fundum, hominem, vestem, argentum, pecuniam numeratum, et vel ipsum hæredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis *à legatariô legari non possit.*

una heredad, un esclavo, vestidos, alhajas de plata, dinero, y rogar al mismo heredero ó al legatario que hagan la restitucion á otro, aunque no puede imponerse al legatario la carga de pagar un legado.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 260, Com. II de sus Inst.)

Comentario:

A legatariô legari non possit.—Refiérese aquí Justiniano al derecho que regia antes de ser igualados los legados y fideicomisos, como lo hace en otros lugares de esta obra, á pesar de la variacion por él introducida, sin duda para poner mas de realce las antiguas y nuevas disposiciones. Pero está fuera de toda duda que despues de aquella igualacion pudo imponerse al legatario la carga de satisfacer un legado (1).

1 Potest autem non solum proprias testator res per fideicommissum relinquere, sed et *hæredis, aut legatarii, aut fideicommisarii, aut cujuslibet alterius*: itaque et legatarius et fideicommissarius non solùm de eâ re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit, *sed etiam de aliâ, sive ipsius*, sive aliena sit. Hoc solum observandum est, *ne plùs* quisquam *rogetur* alicui *restituere, quàm* ipse ex textamentô *ceperit*: nam, quod amplius est, inutilitèr relinquitur (*a*). Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere et præstare, aut æstimationem ejus solvere (*b*).

El testador puede dejar por fideicomiso no solamente sus cosas propias, sino tambien las del heredero, las del legatario, las del fideicomisario ó las de otro cualquiera. Así puede rogar al legatario ó al fideicomisario que restituyan, ó bien la cosa que les ha dejado, ó bien otra, ya pertenezcan á la persona á quien impone la carga de restituir, ó á un tercero. Solamente no puede rogar á uno que restituya mas que lo que ha recibido por su última voluntad, porque el fideicomiso es nulo en cuanto al exceso (*a*). Cuando se ha dejado por fideicomiso la cosa ajena, debe el fideicomisario adquirirla para entregarla, ó pagar su estimacion (*b*). 1

ORIGENES.

(*a*) Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 261, Com. II de sus Inst.)
(*b*) Copiado de Cayo. (§. 262, Com. II de sus Inst.)

---

(1) Ley 2, tit. XLIII. lib. VI del Cód

Comentario.

Hæredis, aut legatarii, aut fideicommisarii, aut cujuslibet alterius.—Podia dejarse por fideicomiso todo lo que cabia en el legado, *per damnationem*; así lo dice Ulpiano (1); y como, segun queda expuesto antes, se dejaban *per damnationem* no solo las cosas propias del testador, sino las del heredero y las ajenas, resulta que, aun antes de la igualacion de las diferentes clases de legados y de la de legados y fideicomisos, prevalecia ya la doctrina del texto.

Sed etiam de aliâ, sive ipsius.—Es decir, la cosa que corresponda al heredero, al legatario ó al primer fideicomisario, de lo que se infiere que el testador no solamente puede imponer la obligacion de restituir, sino tambien la de dar, con las limitaciones que en el texto se expresan. Al mismo fideicomisario no se puede dejar cosa propia, por las razones ya expuestas en el párrafo décimo del título de legados, á los que están por derecho de Justiniano equiparados los fideicomisos.

Ne plùs rogetur restituere, quàm ceperit.—La presente regla tiene tambien lugar con respecto al heredero, que no puede ser gravado con mas de lo que se le deja (2). Sin embargo es de advertir que esto se limita al caso en que sean de una misma especie la cosa que se manda restituir y aquella que se recibe; por ejemplo, si al que recibió una cantidad de dinero ó de grano por voluntad del testador, se encarga dar mayor cantidad de la misma especie, ó cuando la cantidad que cuesta al legatario redimir la cosa que á otro pertenece, excede á la cantidad ó al valor de lo que le dejó. Pero si la carga que se le ha impuesto es de entregar una cosa determinada que á él mismo le pertenece, por ejemplo, una casa, un esclavo, necesario es en el que acepta lo que le dejó el testador, que entregue á su vez la cosa en que consiste el fideicomiso singular (3), porque en el hecho de admitir el legado, da entender que no cree de mayor valor lo que da que lo que recibe. En el caso de que el fideicomiso consista en una cosa que corresponda á otro, y que esta costase al fiduciario mas que lo que habia recibido, no estará obligado á comprarla (4); entonces, del mismo modo que cuando no puede adquirir la cosa, debe su valor hasta la cantidad que del testador ha obtenido. Algunos jurisconsultos antiguos opinaban que cuando el dueño no queria vender la cosa, se extinguia el fideicomiso, pero no prevaleció su dictámen (5).

---

(1) §. 5, tít. XXV de sus Reglas.
(2) §. 17, ley 1, tít. I, lib. XXXVI del Dig.
(3) §. 1, ley 70, lib. XXXI del Dig.
(4) §. 12, ley 24, tít. V, lib. XL del Dig.
(5) §. 262 del Com. II de las Inst. de Cayo.

No se entiende que percibe menos de lo que se le manda restituir aquel á quien se señala para hacerlo tiempo determinado, en cuyo intermedio los frutos de la cosa ó los intereses del dinero acumulados á lo que recibió exceden de la cantidad que se le ha encargado dar al fideicomisario (1). Por último, en el caso de que se hubiere legado alternativamente dos cosas, mandando restituir la mas preciosa, se debe el fideicomiso, aun cuando el legatario haya elegido la de menos valor, porque en su arbitrio estuvo el elegir la otra (2).

2 Libertas quoquè servo *per fideicommissum dari potest*, ut hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius; vel fideicommisarius. Nec interest, utrùm de suô propriô servô testator roget, an de eò, qui ipsius hæredis *aut legatarii*, *vel etiam extranei* sit. Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet (*a*); quod si dominus eum non vendat, *si modò nihil ex judició ejus*, *qui reliquit*, *libertatem*, *perceperit*, *non statim extinguitur fideicommissaria libertas*, *sed differtur*, quia possit tempore procedente, ubicumquè occasio redimendi servi fuerit, præstari libertas (*b*). Qui autem ex causâ fideicommissi manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus, qui manumittit (*c*): at is, qui directô testamentô, liber esse jubetur, *ipsius testatoris fit libertus*, qui etiam orcinus appellatur. Nec alius ullus directô, ex testamentô, libertatem habere potest, quàm qui utrôque tempore testatoris fuerit, et quò faceret testamentum, et quò moriretur. Directò autem libertas tunc dari videtur, cum non ab aliô servum manumitti rogat, sed velut ex suô testamentô libertatem ei competere vult (*d*).

Puede tambien dejarse por fideicomiso la libertad á un esclavo, rogando al heredero, al legatario ó al fideicomisario que lo manumitan. Indiferente es que el esclavo sea propio del testador, del heredero, del legatario ó de un extraño. Así el esclavo ajeno debe ser comprado y manumitido (*a*); mas si su dueño rehusare venderlo, en el caso que no haya recibido nada del testador, el fideicomiso de libertad no se extingue, sino que se difiere, porque puede presentarse una ocasion de adquirir el esclavo, trascurrido algun tiempo, y entonces se le dará libertad (*b*). El esclavo manumitido en virtud de fideicomiso, no se hace liberto del testador, aunque fuera esclavo suyo, sino del que lo manumite (*c*): mas aquel á quien se le da directamente la libertad en testamento, se hace liberto del mismo testador y es denominado *orcinus*. Solo puede recibir directamente la libertad por testamento el que se encontrase en potestad del testador en los dos tiempos del otorgamiento del testamento y de la muerte. Se da directamente la libertad cuando el testador quiere que esta sea efecto del testamento, y no deja á otro el encargo de manumitir el esclavo (*d*). 2

(1) §. 3, ley 114, lib. XXX; y §. 2, ley 70, lib. XXXI del Dig.
(2) §. 2, ley 94, lib. XXX del Dig.

ORIGENES.

(a) Copiado de Cayo. (§§. 263, 264 y 265, Com. II de sus Inst.)
(b) Conforme con una constitucion del Emperador Alejandro Severo. (Ley 6, tít. IV, lib. VII del Cód.)
(c) Copiado de Cayo. (§. 266, Com. II de sus Inst.)
(d) Conforme con Cayo. (§. 267, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Per fideicommissum dari potest.—Era mas lato el fideicomiso que el legado de libertad, porque por medio de él podia manumitirse el esclavo ajeno; asi lo dice Justiniano en este texto, acomodándose á las doctrinas que venian en observancia hasta su tiempo. Sin embargo, paréceme que su constitucion, que asimiló los legados y los fideicomisos, debe ser tambien aplicable aquí en el sentido de que la libertad dejada directamente al esclavo que no puede recibirla mas que indirectamente, le aproveche si no como legado, como fideicomiso. Persuaden esto las decisiones de los antiguos jurisconsultos, que en casos semejantes favorecian la libertad contra el rigor de derecho (1), y una constitucion de los Emperadores Valeriano y Galieno (2) que así lo declaró, y no es de creer que Justiniano en su igualacion de los legados y fideicomisos se quisiera apartar de este principio saludable. Con esta explicacion queda tambien fijado el sentido del período del texto, *nec alius ullus.*

Aut legatarii.—Porque como queda dicho en el comentario del párrafo anterior, el legatario á quien se ruega que dé libertad al esclavo y acepta la manda, se entiende que tiene por de mayor, ó al menos por de igual valor lo que recibe que lo que se le ruega que entregue.

Vel etiam extranei.—Entiéndese tambien ilimitada la necesidad de manumitir al esclavo ajeno, que se ha impuesto al legatario, al caso en que la redencion no le sea mas gravosa que lo que del testador haya recibido.

Si nihil ex judiciô ejus, qui reliquit libertatem, perceperit.—Es claro que el dueño del esclavo que nada ha recibibo del testador, no está en el caso de obedecer á sus preceptos, y de consiguiente por ningun título puede ser obligado á la expropiacion.

Non statim extinguitur fideicommissaria libertas sed differtur.—En los orígenes he citado la constitucion del Emperador Alejandro Severo, de donde está tomado este principio. Antes de ella, la opinion

(1) §. 10, ley 24, tít. V, lib. XL del Dig.
(2) Ley 9, tít. IV, lib. VII del Cód.

que dominaba entre los jurisconsultos era que cuando el señor rehusaba vender su esclavo á precio razonable, se extinguia el fideicomiso (1): lo cual se fundaba en que no habia compensacion ninguna posible respecto del esclavo, tanto porque la libertad era un bien inestimable para él, como porque si se le diera cualquiera otra cosa en su reemplazo, vendria á convertirse en utilidad de su señor que no queria venderlo, lo que produciria un resultado diametralmente opuesto á la voluntad del testador.

Ipsius testatoris fit libertus.—Habia diferencia respecto al derecho de patronato, segun que la libertad se dejase ó de un modo directo ó por fideicomiso; pero de ella he hablado ya al comentar el párrafo primero, título quinto, Libro primero de esta obra.

3 Verba autem fideicommissorum hæc maximè in usu habentur: PETO, ROGO, VOLO, MANDO, FIDEI TUÆ COMMITTO. Quæ perindè singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.

Las palabras mas usadas de los fideicomisos son estas: PIDO, RUEGO, QUIERO, ENCARGO, ENCOMIENDO Á TU FÉ: expresiones de las que cada una aisladamente vale tanto como todas reunidas. 3

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 249, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Peto, rogo, volo.—Estas palabras, que tomó el Emperador Justiniano del jurisconsulto Cayo, como advierto en los orígenes, concuerdan sustancialmente con las que pone Ulpiano (2), *fideicommitto, peto, volo dari*, y con las de Paulo (3), *rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, injungo, desidero, impero*. Respecto á algunas de ellas no puede caber la menor duda; pero si es cierto lo que dice Ulpiano (4), y antes de ahora queda manifestado, que los fideicomisos no se dejan con palabras civiles y directas, sino con palabras de súplica ó de ruego, difícil es comprender cómo se usaban en los fideicomisos las de *volo, injungo, impero*. Me parece que en este punto Ulpiano está en contradiccion consigo mismo. Ni era necesario tampoco el empleo de palabras para que el testador manifestase su voluntad en los fideicomisos; podia tambien hacerlo por señas, *etiam nutu*, como dice Ulpiano y antes he expuesto, manifestando la latitud que á estos dió Justiniano, por lo que hace á los modos de probar su existencia. La

(1) §. 11, tít. II de las Reglas de Ulpiano; y §. 265, Com. II de las Inst. de Cayo.
(2) §. 2, tít. XXV de sus Reglas.
(3) §. 6, tít. I, lib. IV de sus Sentencias.
(4) §. 1, tít. XXV de sus Reglas.

importancia de las fórmulas que separaban los fideicomisos singulares de los legados, perdió todo su valor despues que unos y otros fueron igualados en sus efectos.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestras leyes (1) están conformes con las romanas en los puntos que comprende este título.

TITULUS XXV.

De codicillis.

TITULO XXV.

De los codicilos.

Pudiera dudarse si la materia de codicilos debia ser tratada con las sucesiones testadas ó con las intestadas, porque en realidad afectan tanto á unas como á otras. Paréceme sin embargo que la colocó oportunmente aquí el Emperador Justiniano, tanto porque cuando ha habido testamento se reputaban los codicilos como una parte de él y siguen sus vicisitudes, como porque cuando el que los ha hecho muere intestado, declara hasta cierto punto su voluntad. Por *codicilo* se entiende la *expresion menos solenme de la voluntad del testador, en que dispone de parte de sus bienes para despues de la muerte.*

Ante *Augusti tempora* constat jus *codicillorum* in usu non fuisse, sed primus *Lucius Lentulus*, *ex cujus personâ* etiam *fideicommissa cæperunt*, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africâ, scripsit *codicillos testamentô confirmatos*, quibus *ab Augusto petiit per fideicommissum*, ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem ejus implesset, *deincèps reliqui*, auctoritatem ejus secuti, fideicommissa præstabant, et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, solvit. Dicitur Augustus convocasse prudentes inter quos *Trebatium*

Antes del imperio de Augusto los codicilos no estaban en uso: Lucio Léntulo, á quien tambien debieron orígen los fideicomisos, fué el primero que los introdujo; porque estando para morir en África, escribió codicilos confirmados por su testamento, en los que rogó á Augusto que hiciera alguna cosa: el Emperador Augusto accedió á su voluntad. Otros, despues á su imitacion, cumplieron los fideicomisos, y la hija de Léntulo pagó los legados que, atendido el rigor del derecho, no debia satisfacer. Dícese que Augusto convocó á algunos juriscon-

(1) Leyes 3, 4, 6 y 10, tít. IX, Part. VI.

quoquè, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quæsisse, an posset hoc recipi, nec absonans à juris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, *utilissimum et necessarium* hoc civibus esse, *propter magnas* et longas *peregrinationes*, quæ apud veteres fuissent; ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quæ tempora, cum et *Labeo* codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimô admitterentur.

sultos, y entre ellos á Trebacio, que gozaba entonces de una gran reputacion, consultándolos si podria admitirse la validez de los codicilos sin destruir la armonía de los principios del derecho, y que Trebacio aconsejó á Augusto que admitiese los codicilos, porque eran de grande utilidad y necesidad á los ciudadanos en las largas y grandes peregrinaciones que los antiguos emprendian, durante las cuales, ya que no podian hacer testamento, pudieran al menos hacer codicilos. Despues de esto, habiendo Labeon hecho codicilos, nadie dudó de su completa validez.

Comentario.

Augusti tempora.—El texto no quiere decir precisamente que antes de Augusto no se hicieran codicilos, sino que no fueron obligatorios hasta entonces.

Codicillorum.—Esta palabra, diminutivo de *codex*, se usa en el derecho romano, ya en singular, ya en plural, pero mas frecuentemente en este último número (1), sin duda porque en contraposicion al testamento, podia uno morir con diferentes codicilos; mas alguna vez tambien se usa en singular (2). La diferencia entre las palabras *codex* y *codicillus* está en que la primera, entre otras significaciones, se referia á la última voluntad que se habia hecho de un modo mas solemne y extenso, esto es, al testamento, mientras la segunda bajo el mismo punto de vista, hacia relacion á la voluntad mas diminuta y menos solemne. Una y otra palabra aludian á las tablas enceradas en que se escribian las últimas disposiciones, aplicándose en el sentido gramatical con arreglo al mayor ó menor tamaño que tenian: el *codex* quedaba para los testamentos y se denominaba tambien *tabulæ, lignum, chartæ*; y con el vocablo *codicilli* se designaban principalmente las disposiciones que no tenian institucion de heredero.

Lucius Lentulus.—Lucio Cornelio Léntulo, que fué cónsul en el año 751 de la fundacion de Roma.

Ex cujus personâ fideicommissa cœperunt.—Entre los fideicomisos y los codicilos habia una gran relacion, pues estos pueden considerarse

---

(1) Ley 148, tit. XVI, lib. LI del Dig.
(2) Ley 14, tit. XXIII, lib. VI del Cód.

como causa y aquellos como efecto. No reconociéndose atendido el rigor del derecho civil, otra forma de expresar la última voluntad que el testamento, y siendo preceptivo cuanto en él se disponia, no era útil para dejar fideicomisos, en codicilos, formulados de una manera confidencial y hasta en forma de cartas, de donde ha venido que alguna vez se les dé el nombre de *epistolas* (1), y de *epistolas fideicomisarias* (2), es donde se dejaba con palabras de ruego lo que de un modo directo los testadores no podian disponer. Solo podian hacer codicilos los que tenian capacidad para testar (3).

Codicillos testamentô confirmatos.—Los codicilos pueden existir, no solo cuando una persona ha hecho testamento, sino tambien cuando ha muerto intestada, como se verá en el párrafo siguiente. En el primer caso ó pueden preceder ó pueden seguir al testamento. Hubo por algun tiempo dudas acerca de si debian tenerse ó no como revocados por el testamento los codicilos que le precedian. Los codicilos posteriores al testamento no necesitan estar confirmados por él, sin embargo, que con frecuencia ocurria que los testadores confirmasen con anticipacion los que pensaban ó podian ordenar despues (4). Los codicilos de Lentulo, de que habla este texto, eran posteriores al testamento y confirmados en él, segun se deduce claramente de las palabras de Justiniano. Cuando habia un testamento, los codicilos seguian todas sus vicisitudes (5), tomaban fuerza de él y con él la perdian (6). No habia diferencia ninguna en el caso de que estuviesen ó no confirmados por el testamento; sin embargo, bajo cierto aspecto esta distincion era antes muy interesante, porque en el codicilo confirmado por testamento se podia dejar, revocar ó trasferir legados, y dar la libertad de un modo directo (7), mientras que en los codicilos no confirmados solo podia disponerse indirectamente (8). Mas aunque los codicilos confirmados se consideraban como una parte del testamento (9), esta ficcion no era extensiva á las disposiciones que se referian á la herencia en su sentido estricto, como se verá en el párrafo siguiente.

---

(1) §. inicial, ley 89, lib. XXXI del Dig.
(2) §. 5, ley 37, lib. XXXII del Dig.
(3) Ley 13, tit. II, lib. V del Dig.
(4) §. inicial, ley 8: y ley 18, tit. VII, lib. XXIX del Dig.
(5) Ley 16 del mismo título y libro.
(6) §. 2 ley 5 del mismo título y libro.
(7) §. 270, Com. II de las Inst. de Cayo: §. 29, tit. XXIV de las Reglas de Ulpiano; y ley 43, tit. IV, lib. XL del Dig.
(8) §. 273, Com. II de las Inst. de Cayo; §. 8, tit. XXV de las Reglas de Ulpiano, y ley 43, tit. IV, lib. XL del Dig.
(9) §. 2, ley 2, tit. VII, lib. XXIX del Dig.

Ab Augustô petiit per fideicommissum.—Manifiesta esto que Augusto fué instituido, á lo menos en alguna parte, heredero de Léntulo.

Deincèps reliqui.—Teófilo en su *Paráfrasis* supone que la palabra *reliqui* se refiere á otros que, nombrados por Léntulo coherederos de Augusto, imitaron su ejemplo y pagaron los fideicomisos; opinion que han seguido algunos intérpretes. Paréceme, sin embargo, mas probable que deba referirse á que el ejemplo del príncipe fué imitado por otros á quienes se habia impuesto la carga de dar fideicomisos, no á los coherederos de Augusto.

Trebatium.—Este es el jurisconsulto Trebacio Testa.

Utilissimum et necessarium propter peregrinationes.—Además de la razon que aquí se aduce, [á saber, la dificultad en que se veian para otorgar testamento los que hacian largas peregrinaciones, habia otra no menos interesante: como nadie podia morir mas que con un solo testamento, una vez hecho este, no habia medio de suplirlo ni adicionarlo sino haciendo otro nuevo; pero esto era embarazoso, porque ocurria con frecuencia que se queria dar libertad á un esclavo ó remunerar con una manda un servicio particular, cosas que en nada afectaban á la esencia del testamento. Los codicilos vinieron á satisfacer esta necesidad.

Labeo.—Este fué el célebre Marco Antistio Labeon, jefe de la escuela de los proculeyanos.

1 Non tantùm autem testamentô factô potest quis codicillos facere, *sed* et *intestatus* quis decedens fideicommittere codicillis potest (*a*). Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, *Papinianus ait*, non alitèr vires habere, quàm si speciali posteà voluntate confirmentur (*b*). Sed divi Severus Antoninus rescripserunt, ex his codicillis, *qui testamentum præcedunt*, posse fideicommissum peti, si appareat, eum, qui postea testamentum fecerat, à voluntate, quam codicillis expresserat, non recessisse.

No solo el que ha hecho testamento puede hacer codicilos, sino que tambien puede, por medio de ellos, dejar fideicomisos el que muera intestado (*a*). Papiniano dice que cuando se hacian codicilos antes de otorgarse el testamento, no tenian fuerza; si no eran confirmados despues por la voluntad especial del testador (*b*). Mas los Emperadores Severo y Antonino dieron un rescripto declarando que podia pedirse el fideicomiso dejado en codicilos que precedieran al testamento, si apareciese que el testador no se habia separado de la voluntad que manifestó en los codicilos. 1

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (Ley 16, tít. VII, lib. XXIX del Dig.)
(*b*) Alude á un fragmento de Papiniano, que está en [la ley 5, tít. VII, libro XXIX del Dig.

Comentario.

Sed intestatus.—Cuando los codicilos se hacian por el que moria intestado, solo eran sostenidos como fideicomisos, diferencia menos importante despues de la igualacion de los fideicomisos singulares y los legados.

Papinianus ait.—Lo que aqui se dice me hace creer que el texto de Papiniano, á que parece referirse el Emperador y que he indicado en los orígenes, sufrió alguna alteracion al pasar por las manos de Triboniano y sus compañeros. Las palabras *aut voluntas eorum quôcumque indiciô retineatur*, usadas por aquel jurisconsulto, cuadran mucho mejor que á la opinion que le atribuye Justiniano, á la decision de los Emperadores Severo y Antonino, tomada por regla en estas Instituciones.

Qui testamentum præcedunt.—Limítase este texto á hablar de los codicilos que preceden al testamento, porque solo respecto de ellos podia ocurrir duda.

2 Codicillis autem *hæreditas neque dari neque adimi potest*, *ne confundatur jus testamentorum* et codicillorum, et ideò *nec exhæreditatio scribi. Directò* autem hæreditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hæreditas codicillis jure relinquitur (*a*). *Nec condicionem* hæredi instituto codicillis *adjicere*, *neque substituere directò potest* (*b*).

La herencia no puede darse ni quitarse en codicilos, porque de otro modo se confundirian con los testamentos; por lo tanto tampoco en ellos puede desheredarse. Cuando se dice que la herencia no se puede dar ni quitar en codicilos, debe entenderse directamente, puesto que se puede dejar por medio de fideicomiso (*a*). Tampoco puede ponerse en los codicilos una condicion al heredero instituido, ni sustituirle directamente (*b*). 2

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 273, Com. II de sus Inst.); y con Ulpiano. (§. 2, tit. XXV de sus Reglas.

(*b*) Conforme con Marciano. (§. inicial, ley 6, tít. VII, lib. XXIX del Dig.)

Comentario.

Hæreditas neque dari neque adimi potest.—Aun despues de la igualacion de los fideicomisos y de los legados subsistió el principio de que la herencia no podia dejarse ni quitarse en codicilos, resto del rigor del antiguo derecho civil, que por medios indirectos quedaba sin efecto, pues que dejándose la herencia como fideicomiso, la voluntad del testador era cumplida.

Ne confundatur jus testamentorum.—A la razon que aquí se da,

puede añadirse la de que seria absurdo que los codicilos, que toman su fuerza del testamento, pudieran echarlo por tierra en su punto capital, en el de la institucion de heredero, cabeza y fundamento de todas las demás disposiciones.

Nec exhæreditatio scribi.—Por la desheredacion se quitaba la herencia á las personas que estaban unidas al testador con los vínculos mas estrechos. Debia por lo tanto exigirse al menos las mismas circunstancias que para quitar la herencia á aquel á quien se la daba la mera voluntad del testador.

Directò.—Hay diferencia entre la institucion directa y la fideicomisaria. En el primer caso el heredero recibia directamente toda la herencia; en el segundo la percibia disminuida, si el fiduciario, como se ha explicado en otro lugar, usaba de su derecho de retener la cuarta parte.

Nec condicionem adjiçere.—El que añade una condicion con posterioridad al testamento, tiene por objeto privar de la herencia á aquel á quien se la habia concedido puramente, si la condicion no tiene efecto: por lo tanto, esto equivale á la revocacion de la institucion de heredero en un caso dado. Por analogía tampoco podrá quitarse en los codicilos la condicion impuesta al heredero en el testamento; lo cual seria darle la herencia en un caso para que antes no se le habia concedido.

Neque substituere directò.—Fúndase esto en que la sustitucion es una segunda institucion, como en su lugar queda expuesto.

3 *Codicillos* autem etiam *plures* quis *facere potest ; et nullam solemnitatem* ordinationis *desiderant.*

Puede hacer una persona diferentes codicilos sin observar ninguna solemnidad en su ordenacion. 3

ORIGENES.

Tomádo de Marciano. (§. 1, ley 6, tít. VII, lib. XXIX del Dig.)

Comentario.

Codicillos plures facere potest.—El testamento romano tenia por objeto la continuacion jurídica de la persona del testador, segun repetidamente se ha dicho; esta continuacion debia ser resultado de un testamento único, puesto que por él se trasladaba al sucesor la universalidad de derechos, *universum jus*, y no podia haber mas que una universalidad de los derechos de cada uno; por esto no se concebia la existencia de dos testamentos á la vez, siendo preciso que el segundo anulase al primero. No sucedia lo mismo respecto de los codicilos, porque su objeto no era mas que dejar bienes determinados, y por lo tanto cada uno de los objetos comprendidos en la herencia podia dar lugar á un codicilo.

Nullam solemnitatem desiderant.—Con razon observa Vinnio que estas palabras debieron tomarse de algun jurisconsulto anterior al imperio de Teodosio, y aun podia haber añadido, que hubiera fallecido antes de Constantino y Constante, puesto que una constitucion de estos Emperadores (1) exige la intervencion de siete ó cinco testigos en los codicilos que no son precedidos por un testamento. El mismo Justiniano adoptó en el Código una constitucion del Emperador Teodosio (2), por la que se establece que en toda última voluntad, que no sea testamento, intervengan cinco testigos, los cuales deben juntamente acudir á la celebracion del acto, y si se hiciese la manifestacion por escrito, suscribirla. Para salvar esta contradiccion dicen algunos que los testigos y la unidad de contexto no se exigen por solemnidad, sino para aprueba: razon que no me parece convincente. Debe recordarse aquí lo que se ha manifestado en el párrafo 12 del título XXIV de este mismo Libro, respecto al modo de probarse por juramento los fideicomisos cuando no ha intervenido el suficiente número de testigos para deponer de su otorgamiento.

Si el testador hubiese querido hacer testamento, y este, sin embargo, por la omision de alguna de las formalidades que requiere, ó por haberse invalidado en virtud de cualquiera circunstancia posterior á su otorgamiento, no llegare á tener efecto, valdrá como codicilo en el caso de que el testador lo haya expresamente dispuesto (3). Esta cláusula no se sobreentiende mas que en los testamentos militares (4): los intérpretes le dan comunmente el nombre de *cláusula codicilar.*

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Los codicilos abiertos y cerrados en España requieren las mismas solemnidades que los testamentos nuncupativos (5); en toda lo demás guardan conformidad nuestras leyes (6) con las romanas.

---

(1) Ley 1, tit. IV, lib. IV del Código Teodosiano.
(2) §. 3, ley 8, tit. XXXVI, lib. VI del Código Justinianeo.
(3) Ley 13, tit. II, lib. V, ley 29, tit. I, lib XXVIII; ley 3, tit. I, lib. XXIX del Dig.; y §. 1, ley 8, tit, XXXVI, lib. VI del Cód.
(4) Ley 13, tit. II, lib. V del Dig.
(5) Ley 2, tit. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.
(6) Tit. XII, Part. VI.

APÉNDICE.

De la apertura y conservacion de las últimas voluntades.

Antes de poner término á la materia de últimas voluntades, paréceme conveniente para completarla del todo, hablar de su apertura y conservacion, punto que se refiere tanto á los testamentos como á los codicilos, y que es interesante para la garantía de los derechos de los herederos, de los legatarios y de cuantos tienen interés en que no se viole la voluntad de los testadores. Los pretores habian establecido reglas sobre este asunto, á que el Digesto (1) y el Código (2) consagran títulos especiales. Tambien el jurisconsulto Paulo da pormenores dignos de aprecio, diciendo así en sus Sentencias (3): en Roma se hace la apertura del testamento á presencia de los testigos, ó al menos de la mayor parte de los que han signado el testamento, y despues que han reconocido sus signos, se rompe el hilo con que está sujeto el testamento, se abre este, se lee lo que contiene, y se permite sacar copias de él: hecho lo cual, se le pone un sello público y se deposita en un archivo para que puedan sacarse copias siempre que sea necesario. Los testamentos hechos en los distintos territorios ó agregaciones de personas, conocidos con los nombres de *municipia, coloniæ; oppida, præfecturæ, vici, castella* y *conciliabula*, despues de abiertos, deben ser leidos en la plaza pública ó en el templo, á presencia de los testigos ó de personas honradas, entre la hora segunda y la décima del dia, y despues de sacada una copia, se sella por los magistrados que han autorizado la apertura. La apertura del testamento se hacia inmediatamente á la muerte del testador, ó á lo sumo cinco dias despues, si estaban presentes las personas que debian perdirla y asistir al acto, y cuando estaban ausentes, en los cinco dias siguientes al de su vuelta.

La ley Papia Poppea, de que ya se hablado en otras ocasiones, con objeto de aumentar los casos de caducidad, estableció que la adicion de la herencia no pudiera hacerse antes de la apertura del testamento, á no ser que fuera uno solo el heredero instituido (4); exceptuó sin duda este caso, porque nada tenia que ganar el fisco de que

(1) Tít. III, lib. XXIX.
(2) Tít. XXXII, lib. VI.
(3) Tít. VI, lib. IV.
(4) §. 1, ley 1, tít. LI, lib. VI del Cód.

resultara destituido el testamento, puesto que la herencia entonces en lugar de corresponder á los herederos testamentarios, corresponderia á los *ab intestatô*. En la misma ley se habia establecido que no cediera el dia de los legados hasta la apertura del testamento: Justiniano volvió á los antiguos principios, dejando sin efecto esta disposicion de la ley Papia Poppea.

Por lo que hace á la apertura del testamento cerrado por derecho español, queda expuesto todo lo que permite la índole de esta obra, al comparar las doctrinas de nuestras leyes con la de las romanas en el título décimo de este Libro.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

INDICE DEL TOMO PRIMERO.

Instituciones del Emperador Justiniano.

LIBRO PRIMERO.

LIBRO SEGUNDO.